

مكتبة
لنشر وتبيين الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح التفریع

تأليف
شهاب الدين القرافي
أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المالكي
(٥٦٨٤هـ)

تحقيق
د. خالد بن عمر اللوزي

الجزء السادس

شرح التفریح

حَقُوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى

١٤٤٤هـ - ٢٠٢٢م

أَبْنُ فَطْلَحٍ

لِنَشْرِيفَيْسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَلَمِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْأَمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوَزُّعِ

الفرع الرئيسي، حولي - شارع المثني - مجمع البدري - ت، ٢٢٦٥٧٨٠٦

فرع المصاحف، ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجبراء، الناصر مول، تلفون، ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل، البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون، ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض، المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦٥٥٧٦٥١٣٨

الخط الساخن، جوال، ٠٠٩٦٥٩٤٤٠٥٥٥٩



z.zahby74@yahoo.com



Imamzahby

أَيْمَنُكُمْ
لِنَشْرِيفِيسُ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

مَشْرِحُ التَّفْرِيعِ

تَأَلِيفُ

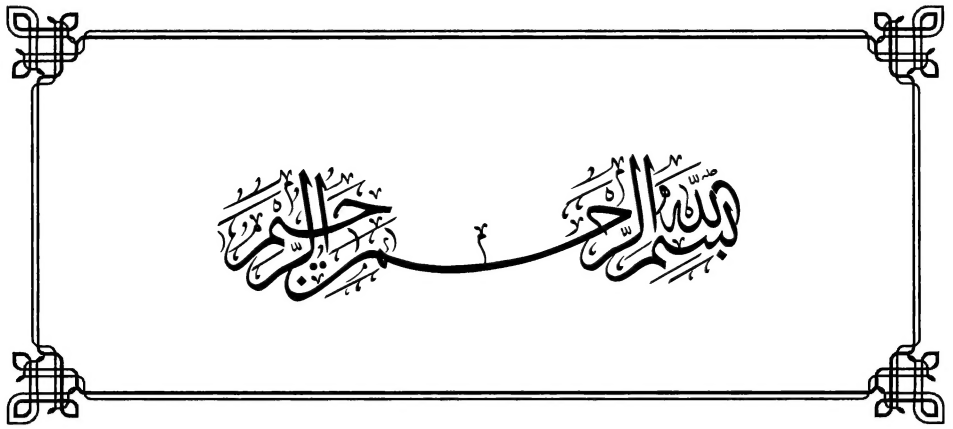
شَهَابِ الدِّينِ الْقَرَاوِي

أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنَ إِدْرِيسَ الصَّنْهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤هـ)

تَحْقِيقُ

د. خَالِدِ بْنِ عُمَرَ اللَّوْزِيِّ

الْجُزْءُ السَّادِسُ



كتاب الشهادات

((لا^(١)) تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده^(٢)، ولا الرجل لامرأته، ولا المرأة لزوجها، ولا خصم على خصمه، ولا ظنين يُتَّهم [بمحبّة من استشهده]^(٣)، ولا عدو على عدوه).

✽ ت: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين، ولا جار لنفسه»^(٤).

[ويُمنع]^(٥) الأجداد والجَدَّات كالأبَاء والأمهات^(٦).

كان المشهود له حُرّاً أو عبداً، لأنَّ الطَّبَّاع لا تختلف في الشفقة بالرق والحرية.

والتعليل بأنَّ الابن جزؤه لا يصح، وإلا لجازت شهادته لأبيه؛ لأنه ليس بخصمه، ولجواز إقراره على ابنه كإقراره على نفسه، وأولاد الأولاد كالأولاد.

فإن شهد لأحدِ ابنيه على الآخر، وجُهلَّت منزلتهما عنده؛ فأجيزت ومُنِعت؛ نظراً للتساوي، أو يحتمل أن يكون المشهود له أقرب إليه منزلةً وهو يُخفيه خوفَ

(١) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (ولا)، قلت: وعادته حذفها.

(٢) بنصه في «المدونة» (٩/٩).

(٣) ما بين المعقوفين كذا في (ق ت)، ويقابله في (ت): (بمحبته).

(٤) أخرجه بنحوه من حديث طلحة بن عبد الله: عبد الرزاق في «مصنفه» رقم (١٥٣٦٥)، والبيهقي

في «سننه الكبرى» رقم (٢٠٨٦٠).

(٥) كذا في (ت ز)، وفي (ق): (ويمتنع).

(٦) انظر: «المدونة» (٩/٩).



الشحناء وهو الفرق بين الولدين [والأجنبيين] ^(١)، وإن اشتركا في التساوي .

ولا تجوز شهادته لصغيرٍ على كبير ، ولا لسفيهٍ في ولايته على رشيدٍ بمال ؛
لأنه يُتَّهم في بقاءه تحت يده ، ولا لبارٍّ على عاق ، وتجاوز للكبير على الصغير ،
وللعاق على البار .

قال مطرّف وعبد الملك: تجوز شهادة الابن مع أبيه ، ولا يُتَّهم في
[إكمال] ^(٢) النصاب ^(٣) .

وجوّز الشافعيُّ شهادةَ أحد الزوجين للآخر .

لنا: الحديث المتقدم ، والعادةُ شاهدةٌ بالتهمة والميل .

ولأنه يجزّ لنفسه بانتفاعه بمالِ امرأته ، وهي تنتفعُ بمالِ زوجها ، [ويدفعُ] ^(٤)
الغرم عنه .

ولقوله تعالى: ﴿ وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١] .

قال ابن القاسم: [تمنع] ^(٥) شهادته لزوج ابنته وزوجة ابنه ^(٦) ؛ للتهمة .

وقال ابن كنانة: لا تجوز لابن امرأته ، إلا في الشيء اليسير ^(٧) .

(١) في (ت): (الأختين) ، والمثبت من (ز ق) .

(٢) كذا في (ت ق) ، وفي (ز): (كمال) .

(٣) بنصه عن مطرف وعبد الملك في «النوادر» (٣٠٧/٨) ، وينحوه عنهما في «الجامع» (٣٩٠/١٧)

(ط . الفكر وهكذا إلى تمام الكتاب) .

(٤) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (وتدفع) .

(٥) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (تمنع) .

(٦) «النوادر» (٣٠٣/٨) ، و«الجامع» (٣٩٢/١٧) .

(٧) «النوادر» (٣٠٤/٨) .

وجَوَّزَهَا سَحْنُونٌ لَزَوْجِ ابْنَتِهِ وَلَا بِنِ امْرَأَتِهِ^(١).

وأما العداوة:

قال ابن كنانة: [إن كانت]^(٢) خفيفةً ؛ جاز^(٣).

وقال سَحْنُونٌ: إن كانت لأجل الدنيا ؛ رُدَّتْ الشهادة ، أو غضباً لله ؛ جازت^(٤).

قال الأبهري: أجمعت الأمة على جوازها مع عداوة الدين ؛ لشهادتنا على الكفار وأهل البدع^(٥).



❁ ص: (([لا]^(٦) تجوز شهادة عبدٍ في حقٍّ ولا حدٍّ).

لأنَّ عِظَمَ مَنْصِبِ الشَّهَادَةِ يَمْنَعُ الرَّقَّ.

(ولا تجوز شهادة الابن لأبيه على أمّه ، ولا لأُمّه على أبيه).

كما مُنِعَتْ لأحد الابنين على الآخر.

(وقيل: تجوز شهادته لأُمّه على أبيه في الشيء اليسير ، ولا تجوز شهادته لأبيه على أمّه بحال).

(١) «الجامع» (٣٩٣/١٧).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ز).

(٣) «النوادر» (٣٠٩/٨).

(٤) «النوادر» (٣٠٩/٨) ، و«الجامع» (٣٨٢/١٧).

(٥) انظر: «شرح الأبهري على الجامع» (ص ١٧٠).

(٦) كذا في (ت ق) ، وفي (ز): (ولا).

لأنَّ العادة الميلُ مع الأب واحترامه والخوفُ منه .

✽ ت: قال مالكٌ في «المجموعة»: لا تجوز لأحد الأبوين ، إلا أن يكون الابنُ مبرزاً ، أو في اليسير^(١) ؛ لانتفاء التهمة .

وأما لأحدهما على أجنبيٍّ فممتنع في الكثير والقليل .

قال الأبهري: والقياس أن لا تجوز لأحد الأبوين على الآخر في اليسير ، وهو الصحيح .

وقاله مالكٌ في غير كتاب .

وقال ابن نافع: [شهادته لأحدهما]^(٢) على الآخر جائزة ، إلا أن يكون الابنُ في ولاية الأب ، أو تزوّج على أمه [وأغاضها]^(٣) ، [فيئتهم]^{(٤)(٥)} .

قال سَحْنُون: لا تجوز شهادةُ [الولدين لأبيهما]^(٦) الكافر الذي مات وله ولدٌ كافر على فلانٍ بمال^(٧) .

قال ابن يونس: وفيه نظر^(٨) ؛ لأنهما إنما يشهدان لأخيهما .

(١) بنصه من كلام مالك في «النوادر» (٢٩٩/٨) ، و«الجامع» (٣٩٠/١٧) .

(٢) كذا في (ق ز) ، وفي (ت): (شهادة أحدهما) .

(٣) كذا في (ق ز ت) ، ويقابلها في «النوادر» (٢٩٩/٨) ، و«الجامع» (٣٩١/١٧): (فأغارها) .

(٤) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (فينتقم) ، والمثبت موافق للفظ «الجامع» (٣٩١/١٧) .

(٥) بنصه عن ابن نافع في «النوادر» (٢٩٩/٨) ، و«الجامع» (٣٩١/١٧) .

(٦) كذا في (ق ز) ، ويقابله في (ت): (الأبوين لابنهما) .

(٧) بنحوه عنه في «النوادر» (٢٩٩/٨) ، و«الجامع» (٣٩١/١٧) .

(٨) «الجامع» (٣٩١/١٧) .

ولو شهدا أنَّ أباهما العبدَ جنى ؛ لم تجز ؛ [لاتهامهما] ^(١) في إخراج الأب من ملك سيده .

قال ابن القاسم: إن شهدوا على أبيهم بالزنا ؛ رُدَّتْ ، [ولا يُرجم ؛ لأنهم] ^(٢) [يُتَّهَمون] ^(٣) في الميراث ، ويُحدُّون ^(٤) .

قال أشهب: إن كان الأب عديماً ؛ جازت ^(٥) .

قال سحنون: وكذلك إن كان بكراً ^(٦) .

[وقال] ^(٧) ابن اللبَّاد: لا تجوز في المُعَدِّم ؛ لأنَّ نفقته تلزمهم ، فيُتَّهَمون في إسقاطها ^(٨) .



❖ ص: (إن شهدا على أبيهما بطلاق أمهما ، وهي مدعية ؛ لم تجز ، أو منكراً [له] ^(٩) ؛ جازت ؛ لأنها شهادة عليهما لا لأحدهما على الآخر) .

❖ ت: إذا أقرَّت بالطلاق:

-
- (١) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (لأنهما يتهما) .
 - (٢) ما بين المعقوفتين ساقط في (ت) ، أثبتته من (ق ز) .
 - (٣) كذا في (ق) ، وهو الموافق للفظ «الجامع» (٣٩١/١٧) و«التذكرة» (٣٧٧/٨) ، ويقابله في (ز): (لاتهامهم) ، وفي (ت): (لاتهامها) .
 - (٤) بنصه في «الجامع» (٣٩١/١٧) .
 - (٥) بنصه عن أشهب في «النوادر» (٣٠٠/٨) ، و«الجامع» (٣٩١/١٧) .
 - (٦) بنحوه في «النوادر» (٣٠٠/٨) ، وبنصه مختصراً في «الجامع» (٣٩١/١٧) .
 - (٧) كذا في (ق ز) ، وفي (ت): (قال) .
 - (٨) بنحوه عنه في «الجامع» (٣٩١/١٧) .
 - (٩) (له) ساقطة في (ت) .

أجازها ابنُ القاسم^(١).

ومنَعها أشهب^(٢).

وإن شهدا بطلاق غير أمهما ؛ امتنعت إن كانت أمُّهما [في العصمة]^(٣) ،
ولا جازت إن [كانت]^(٤) ماتت^(٥).

[فإن كانت حيَّةً مطلقةً]^(٦):

منعها ابنُ القاسم^(٧).

وأجازها أصبغ^(٨).

قال اللخمي: وكلُّ هذا إذا كانت الأجنبية منكراً^(٩).

والقياسُ المنعُ في العصمة ، أو حيَّةً ، أو ميتةً ؛ لأنَّ العادةَ معاداةُ الربيب .



❁ ص: ([لا]^(١٠)) تجوز شهادة الوصيِّ لمن يلي عليه).

لأنه كولده.

(١) «النوادر» (٣٠١/٨).

(٢) «النوادر» (٣٠١/٨).

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ت).

(٤) (كانت) سقطت من (ت).

(٥) انظر قول ابن حبيب عن أصبغ «النوادر» (٣٠١/٨).

(٦) كذا في (ت) ، وفي (ز): (فإن كانت مطلقة منه) ، وفي (ق): (فإن كانت منه مطلقة).

(٧) «النوادر» (٣٠١/٨).

(٨) «النوادر» (٣٠١/٨).

(٩) ينصه في «التبصرة» (٥٤٠٦/١٠).

(١٠) كذا في (ت ق) ، وفي (ز): (ولا).

وعن مالكٍ روايتان [إذا شَهِدَ] ^(١) عليه: جوازُها، ومنعُها.

بناءً على أنه يستريح من الولاية بخروج المال عن يده، فيُتَّهم، أو هذه تهمةٌ ضعيفة.

وكلُّ مَنْ لا تجوز شهادته لغيره فشهادته عليه جائزة، وكلُّ مَنْ لا تجوز شهادته عليه فشهادته له جائزة.

لانتفاء التهمة في الصورتين.

✽ ت: قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة الوصيِّ لمن يلي عليه، إلا أن يكونوا كباراً يُلون [أنفسهم] ^(٢)؛ لأنه لا يُتَّهم في جلب التصرف فيما [يقبضه] ^(٣) له ^(٤).



✽ ص: (([لا] ^(٥) تجوز شهادة الصديق الملاطف لصديقه إذا كانت تناله صِلته ومعروفه) ^(٦)).

خلافًا للشافعيِّ، وأبي حنيفة.

لنا: أن ذلك قد يزيد على تهمة الولد والزوج ^(٧).

(١) كذا في (ت ز)، وفي (ق): (في شهادته).

(٢) كذا في (ز ق)، وغير واضحة في (ت)، والأقرب: (لأنفسهم).

(٣) في (ز): (يقتضيه)، والمثبت لفظ (ت ق)، وهو الموافق لعبارة «المدونة» (١٥٠/١٠).

(٤) انظر: «المدونة» (١٥٠/١٠).

(٥) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (ولا).

(٦) انظرها «المدونة» (١١/٩).

(٧) انظر: «النوادر» (٣٠٤/٨)، و«التبصرة» (٥٤١٢/١٠).

(ولا تجوز شهادة السَّوَالِ الذين يطلبون صِلَاتِ الناسِ ومعروفهم).
لأنهم يُتَّهَمُونَ في ذلك.

✽ ت: قيل: تجوز في اليسير دون الكثير.

قال ابن أبي حازم: لا تجوز شهادة [الذي يُكْثِرُ] ^(١) المسألة، وأما مَنْ تصيبه الحاجة فيسأل إخوانه، ولا يُشهر بالمسألة؛ فتجوز شهادته ^(٢).

قال اللخمي: إذا كان لا يسأل، وإذا أُعْطِيَ أَخَذَ؛ أرى جوازها ^(٣)؛ لقوله ﷺ: «ما أتاكَ من غير مسألة [فخذ]» ^(٤) ^(٥)، فهو خارجٌ عن السؤال.



✽ ص: (تجوز شهادة الأخ لأخيه، إلا في النسب ودفع المعرة عنه).

✽ ت: لا تجوز شهادته له في ثلاث: فيما [يدرك] ^(٦) في مثله الحمية، وفيما يكتسب [به] ^(٧) جاهاً، وما يدفع به معرة ^(٨).

وبقيت [أربعة] ^(٩):

(١) كذا في (ق ت)، وهو عبارة «النوادر» (٢٩٧/٨)، و«التذكرة» (٣٨١/٨)، ويقابله في (ز): (الذين يكثرُونَ).

(٢) بنحوه عنه في «النوادر» (٢٩٧/٨).

(٣) «التبصرة» (٥٤٠١/١٠).

(٤) كذا في (ق ز)، وبياض في (ت)، ويقابلها في «التذكرة» (٣٨١/٨): (فخذه).

(٥) أخرجه من حديث عمر: البخاري في «صحيحه» رقم (٧١٦٤)، ومسلم في «صحيحه» رقم (٢٤٠٥).

(٦) كذا في (ت ز)، وهي موافقة لعبارة «التذكرة» (٣٨٢/٨)، وفي (ق): (تدرك).

(٧) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (فيه).

(٨) بمعناه في «النوادر» (٣٠٣/٨)، و«الجامع» (٣٩٤/١٧).

(٩) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (في أربعة).

أحدها: الأموال ، جَوَّزَهَا مَالِكٌ^(١) ، وعمر بن عبد العزيز^(٢) .

وقيل : تمتنع .

وجَوَّزَهَا أَشْهَبُ إِنْ كَانَ مَبْرُزاً^(٣) .

ورَدَّهَا اللَّخْمِي فِي الْكَثِيرِ الَّذِي يُوَدِّي إِلَى شَرْفِهِ ، وَتُقْبَلُ فِي الْوَسْطِ مِنَ الْمَبْرُزِ ، وَفِي الْيَسِيرِ مِنْ غَيْرِ الْمَبْرُزِ ، إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ بَيْنَ الْمَشْهُودِ لَهُ وَخَصْمِهِ مَقَابَحَةٌ [تَشِيرُ]^(٤) الْحَمِيَّةُ^(٥) .

وجَوَّزَهَا عَبْدُ الْمَلِكِ ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي عِيَالِهِ^(٦) .

وثَانِيهَا: إِذَا شَهِدَ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ [يَشْرُفُ]^(٧) بِمِثْلِهَا ، أَوْ عَلِمَ تَعَلَّقَ نَفْسَهُ [بِهَا]^(٨) ؛ اِمْتَنَعَ^(٩) .

وثَالِثُهَا: جِرَاحُ الْعَمْدِ:

الْمَعْرُوفُ الْمَنْعُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَمِيَّةً ، كَالشَّهَادَةِ بِالْقَذْفِ .

وجَوَّزَهَا أَشْهَبُ^(١٠) .

(١) انظر: «المدونة» (١١/٩) ، و«الجامع» (٣٩٣/١٧) .

(٢) نقل عنه ذلك في «المدونة» (١١/٩) .

(٣) بنصها في «الجامع» (٣٩٥/١٧) .

(٤) كَذَا فِي (ق) ، وَفِي (ز) : (بَيْنَ) ، وَفِي (ت) : (شَرِّ) ، وَالمثبت أنسب وأوفق للسياق .

(٥) «التبصرة» (٥٤٠٧/١٠ - ٥٤٠٨) .

(٦) وهو قول مطرف أيضا ، انظر: «النوادر» (٣٠٣/٨) ، و«الجامع» (٣٩٤/١٧) .

(٧) كَذَا فِي (ق ز) ، وَفِي (ت) : (شَرَف) .

(٨) (بِهَا) ساقطة من (ت) .

(٩) بمعناه في «النوادر» (٣٠٣/٨) .

(١٠) بنصه عن أشهب في «البيان والتحصيل» (٢١٣/١٠) ، و«الجامع» (٣٩٤/١٧ - ٣٩٥) ، =

وكلُّ موضعٍ [تمتنع فيه تمتنع]^(١) من تعديلٍ مَن شهدَ به ، ولا تجريحه مَن جَرَحَ شاهِدَه ، ولا تجريح مَن شهدَ عليه بما [يقضي]^(٢) [لعقوبة]^(٣) الأخ ؛ لأنَّ فيه معرَّةً ، بخلاف أخذ المال منه ؛ لعدم المعرَّة .

الرابع : تعديله له ؛ لأنه يزيده شرفاً^(٤) .

قال الأبهري : إنما لم تجز لأخيه في النسب ؛ لأنه وحده .

فإن كانا أخوين ؛ جازت شهادتهما لثالثٍ أنه أخوهما ، قاله مالك .



❁ ص : (شهادة ابن العم لابن عمه جائزة) .

❁ ت : ما لم يكن في نفقته ، [وتمتنع]^(٥) فيما تجمعهم فيه الحمية ، أو [دفع]^(٦) معرَّةً ، أو يجلبُ شرفاً ، كالأخ .

قال ابن المَوَّاز : لا يجرح مَن جرح ابنَ أخيه أو ابن عمه^(٧) ؛ لأنَّ ردَّ الشهادة معرَّةٌ تثير الحمية^(٨) .



= و«النوادر» (٣٠٤/٨ - ٣٠٥) .

(١) كذا في (ق) ، ويقابلها في (ز) : (يمتنع فيه يمتنع) ، وفي (ت) : (يمتنع فيه) .

(٢) كذا في النسخ المعتمدة ، ولعل الأنسب : (يفضي) .

(٣) كذا في (ت ق) ، وفي (ز) : (بعقوبة) .

(٤) بنحوه في «التبصرة» (٥٤٠٩/١٠) .

(٥) كذا في (ق) ، وفي (ت ز) : (ويعتق) ، والمثبت أولى .

(٦) كذا في (ت ق) ، وفي (ز) : (يرفع) .

(٧) قول ابن المَوَّاز في «النوادر» (٣٠٨/٨) .

(٨) بنحوه في «التبصرة» (٥٤١٠/١٠) .

✽ ص: (([لا] ^(١) تجوز الشهادة بمالٍ له بعضه).

لقوله ﷺ: «ولا جازاً لنفسه نفعاً» ^(٢).

✽ ت: قال مالك: تمضي في حقِّ الأجنبي ^(٣)؛ لعدم التُّهمة فيه.

وعنه: تَبْطُلُ كُلُّهَا؛ لأنَّ أحدهما [لا] ^(٤) يأخذ شيئاً إلا إذا أخذ صاحبه، ولو اقتسماً قبل الشهادة؛ جازت شهادته ^(٥).



✽ ص: (إذا شهد بوصيةٍ أوصيَ له [فيها] ^(٦))؛ فثلاثُ روايات:

إحداهنَّ: [باطلةٌ] ^(٧) كُلُّهَا؛ لاشتغالها على الجرِّ لنفسه، وتجاوزُ كُلِّهَا إذا كانت حصته يسيرةً؛ لضعف التهمة باليسارة، وتجاوز لغيره؛ لعدم التُّهمة، وتَبْطُلُ في حقه؛ للتهمة).

✽ ت: قال الأبهري: اليسير عشرة من ألف، فتجاوز استحساناً، والقياس المنع.

وظاهرُ قول مالكٍ التفرقة بين الوصية وغيرها؛ لأنها ضرورةٌ [تلحق] ^(٨)

(١) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (ولا).

(٢) تقدم تخريجه، انظر: (٥/٦).

(٣) انظر: «النوادر» (٣٢٧/٨)، و«التبصرة» (٥٤٦٣/١٠).

(٤) كذا في (ت ز)، وفي (ق): (لم).

(٥) بنصه في «التبصرة» (٥٤٦٣/١٠).

(٦) في (ق): (بعضها).

(٧) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (أنها باطلة).

(٨) (تلحق) سقطت من (ت).

الناس ، كشهادة الصَّبيان .



❁ ص : (شهادة الأعمى على الأقوال جائزة) .

❁ ت : كُلُّ مَا [يَعْلَمُهُ] ^(١) تَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِهِ ، وَتَمْتَنِعُ فِيهَا لَا يُدْرِكُ إِلَّا بِالرَّوْيَةِ ، فَتُقْبَلُ فِي الْحَرَارَةِ ، وَالْبُرُودَةِ ، وَالْحَلَاوَةِ ، وَالطَّعُومِ ، وَالرَّوَائِحِ ، [وَالْمَسْمُوعِ] ^(٢) .

وَقَدْ كَانَ الصَّحَابَةُ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ يَرَوُونَ عَنْ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يَرُونَهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ، وَيُمَيِّزُونَ بَيْنَ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ وَغَيْرِهِمَا .

وَقَالَ ﷺ : «فَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُوْذَنَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ» ^(٣) ، وَلَمْ يَفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا [إِلَّا] ^(٤) بِالصَّوْتِ .

وَلَا نَأْتِي نَعْلَمُ الشَّخْصَ بِصَوْتِهِ كَمَا نَعْلَمُهُ بِشَخْصِهِ ، [وَكَمَا] ^(٥) جَازَتْ بِالشَّخْصِ مَعَ وَقُوعِ اللَّبْسِ ؛ جَازَتْ مَعَ وَقُوعِ اللَّبْسِ فِي الصَّوْتِ .

وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَخْتِلَافُ اللَّسَانِ وَالْوَلَوْنِ﴾ [الرَّومُ : ٢٢] ، فَجَعَلَ الْأَصْوَاتَ كَالْأَلْوَانِ .

وَلَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ : لَا شَرِبَ حَلَوًا أَوْ حَامِضًا ، [فَشْهَدَ] ^(٦) عَلَيْهِ بِذَلِكَ ؛

(١) كَذَا فِي (ق ز) ، وَفِي (ت) : (يَعْمَلُهُ) .

(٢) كَذَا فِي (ق ز) ، وَفِي (ت) : (وَالشَّمُومِ) .

(٣) أَخْرَجَهُ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ : الْبُخَارِيُّ فِي «صَحِيحِهِ» رَقْم (١٩١٨) ، وَمُسْلِمٌ فِي «صَحِيحِهِ» رَقْم (٢٥٣٨) .

(٤) (إِلَّا) سَقَطَتْ مِنْ (ت) ، مُثَبَّتَةٌ فِي (ق ز) ، وَالسِّيَاقُ يَقْتَضِيهَا .

(٥) كَذَا فِي (ت ق) ، وَفِي (ز) : (فَكَمَا) .

(٦) كَذَا فِي (ق ز) ، وَفِي (ت) : (شَهِدَ) .

حُكِمَ عليه بالطلاق ، والشهود لا يدركون ذلك إلا بالذوق ، وكذلك ما طريقُهُ
الرائحة ، [وكذلك] ^(١) ما طريقُهُ السماع .

ويجوز له وطءُ امرأته وأُمِّه ، ولا يفرِّق بينهما وبين ابنته وأُمِّه إلا بالصوت .

❁ ص : (شهادة الأخرس فيما [فُهِمَتْ] ^(٢) إشارته [فيه] ^(٣) جائزة) .

خلافًا لأبي حنيفة ، والشافعي .

لنا : أنَّ الحاكم قد يقطع بمقصوده من إشارته فيحكم ، كالنطق ، فإن لم يفهم ؛ لم يحكم .

(وشهادة ولد الزنا جائزة ، إلا في الزنا ونحوه من الحدود) .

❁ ت : جَوَّزَهَا أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الزَّنا .

لنا : أَنَّهُ يُتَّهَمُ [بِمُشَارَكَةٍ] ^(٤) غَيْرِهِ لَهُ فِي الْمَعْرَِّةِ ؛ لِأَنَّهَا طِبَاعُ الْبَشَرِ ؛ لِقَوْلِهِ
تَعَالَى : ﴿وَلَنْ يَنْفَعَكُمْ الْيَوْمَ إِذْ ظَلَمْتُمْ أَنْكُمُ فِي الْعَذَابِ مُشْتَرِكُونَ﴾ ❁ [الزخرف : ٣٩] ،
إِشَارَةً إِلَى [نَفْعٍ] ^(٥) التَّاسِي .

وَقَالَ عِثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَدَّتِ الزَّانِيَةُ أَنَّ النِّسَاءَ كُلَّهِنَّ زَنَيْنَ .

فَإِنْ قِيلَ : يَلْزَمُ ذَلِكَ فِي السَّارِقِ وَالْقَاذِفِ وَغَيْرِهِمَا أَنْ لَا [تُقْبَلَ] ^(٦) فِي ذَلِكَ .

(١) كَذَا فِي (ق ز) ، وَفِي (ت) : (فَكَذَلِكَ) .

(٢) كَذَا فِي (ت ز) ، وَفِي (ق) : (تَفْهَمُ) .

(٣) (فِيهِ) مُثَبِّتَةٌ فِي (ق ز) ، سَاقِطَةٌ فِي (ت) .

(٤) كَذَا فِي (ت ق) ، وَفِي (ز) : (لِمُشَارَكَةٍ) .

(٥) كَذَا فِي (ق ز) ، وَفِي (ت) : (تَقَدُّمٌ) .

(٦) فِي (ت ز) : (يَقْبَلُ) ، وَالْمُثَبِّتُ مِنْ (ق) ، وَهُوَ الْأَنْسَبُ .

قال الأبهري: قال عبد الله بن منتاب: لا تُقبل .

والفرق عند مالك: أَنَّ معرّة هذه الأشياء تزول بالتوبة ، كالكاfer إذا أسلم ، وكونه ابنَ زنا لا يزول ؛ لأنه ولادةٌ ، كالأبوة^(١) .

قال مالك في القاذف إذا تاب: إنَّ شهادته تُقبل ، ولم يخصَّ قبولها في غير القذف ، بل في القذف وغيره^(٢) .



❖ ص: (إذا شهد المملوكُ في حال رِقِّه ، والصبيُّ في صِغَرِه ، والكاfer في كُفَرِه ، فرُدَّتْ شهادتُهم ، ثم شهدوا بها بعد [تغيّرٍ]^(٣) أحوالهم ؛ لم تُقبل شهادتهم ، وإن لم يشهدوا فيما تقدّم ؛ قُبِلَتْ) .

لأنهم لا يَتَّهَمُونَ على تنفيذها لأجل الرد ، وكذلك الفاسق .

❖ ت: قال أشهب: لو قال الطالب للشهادة للقاضي: شهد لي فلانُ العبدُ ، أو الصبيُّ ، أو الكافر ، فقال القاضي: [لا نُجِيزُ]^(٤) شهادته ؛ قُبِلَتْ إذا تغيّرت أحوالهم ؛ لأنه [لم يحصل لهم ردُّ يَتَّهَمُونَ]^(٥) في رفعه ؛ لأنه أفتى ولم يردَّ^(٦) .

ولو شهدوا فلم يحكم بردّها حتى كبر الصبيُّ ، وأسلم الكافرُ ، وعتق العبدُ ؛ جازت^(٧) .

(١) بنحوه من كلام ابن يونس في «الجامع» (١٧/٤٠٦ - ٤٠٧) .

(٢) بنصه عن مالك في «الجامع» (١٧/٤٠٦) .

(٣) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (تغيير) .

(٤) كذا في (ق ز) ، وفي (ت): (لا تجز) .

(٥) كذا في (ز) ، وفي (ق): (لم يحصل ألم ردُّ يَتَّهَمُونَ) ، وفي (ت): (لم يحصل الردُّ فيَتَّهَمُونَ) .

(٦) بنحوه عن أشهب في «الجامع» (١٧/٣٨٨) ، وانظره بمعناه «النوادر» (٨/٤٢٥) .

(٧) «التهذيب في اختصار المدونة» (٣/٥٨٥) .

قال ابن محرز: ويؤمر بإعادة شهادة الصبي والكافر، ولا يُعتدُّ بما تقدَّم؛ لعدم العدالة فيما تقدَّم، ولا يعيد العبد؛ لأنه عدلٌ تُقبل فتواه وروايته.



❖ ص: (([لا] ^(١)) تجوز شهادة اليهود والنصارى على أنفسهم، ولا على المسلمين، [ولا لهم] ^(٢)).

❖ ت: لقوله تعالى: ﴿ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والكفر يمنع العدالة.

وقوله تعالى: ﴿أَوْءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

قال ابن القاسم: منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ^(٣).

وقيل: من غير قبيلتكم ^(٤).

ولأنَّ الفاسق لا يشهد على الفاسق، فالكافر أولى.



❖ ص: (([تجوز] ^(٥)) شهادة الصبيان بعضهم على بعضٍ في القتل والجراح خاصةً، إذا شهدوا قبل أن يفترقوا أو يخببوا.

فإن افترقوا وأمكن تخبيبهم؛ لم تُقبل، إلا أن يكون الكبار قد شهدوا على

(١) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (ولا).

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من (ت ز)، وثبت في (ق)، وهو الموافق لعبارة «التذكرة» (٣٩٥/٨).

(٣) بنصه في «النوادر» (٤٢٥/٨)، و«الجامع» (٣٩٧/١٧).

(٤) هذا قول الأبهري في «الجامع» (٣٩٧/١٧).

(٥) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (وتجوز).

شهادتهم قبل افتراقهم ، ولا يعتبر [الآخر من أقوالهم]^(١) ، ولا تجوز شهادتهم على كبير أنه قتل صغيراً ، ولا على صغير أنه قتل كبيراً .

✽ ت: قال: بشهادة الصبيان على هذه الصفة: علي بن أبي طالب ، وعروة بن الزبير ، وعبد الله بن الزبير ، ومعاوية^(٢) .

قال أبو الزناد: وهي السنة^(٣) .

قال مالك: وهو الأمر المجتمع عليه عندنا^(٤) .

ولأنَّ القتل والجراح يكون في الغالب حيث [لا يحضره]^(٥) الشهود ، ويتعذر التوثق فيه ، ولذلك جازت القسامة فيه دون الأموال ، فكَذلك شهادة الصبيان .

وللحاجة لاجتماعهم [لتعلم]^(٦) القتال ، والتهيؤ للأعداء ، فلو أهملت جراحهم وقتلهم [انتشر]^(٧) الفساد ، فيضبطوا بحسب الإمكان ، ويحتاط لدمائهم ، ولا ضرورة تدعو لشهادتهم على كبير ؛ لعدم الحاجة لحضوره .

وجوّزها أشهب في الجراح دون القتل^(٨) ؛ لِضعفها وعِظَمِ القتل كما جازت^(٩) .

(١) في (ز): (الآخر من قولهم) .

(٢) بنصه من رواية ابن وهب ، انظر: «المدونة» (٢٥/٩) ، و«الجامع» (٤٢٠/١٧) .

(٣) بنصه في «المدونة» (٢٦/٩) ، و«الجامع» (٤٢٠/١٧) .

(٤) بنصه عنه في «الجامع» (٤٢٠/١٧) .

(٥) كذا في (ق ز) ، وفي (ت): (لا يحضر) .

(٦) قوله: (لتعلم) ساقط من (ت) .

(٧) في (ز): (أشرف) .

(٨) قوله بنحوه في «الجامع» (٤٢١/١٧) .

(٩) كذا في النسخ ، ولعله سقط بعده: (القسامة في القتل دون الجراح) حسبما يُفهم من التذكرة .

ومنعها ابنُ عبد الحكم مطلقاً ؛ لأنهم ليسوا من أهل العدالة والثقة ، والله تعالى يقول: ﴿ وَمِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ^(١).

وإذا حضرَ معهم الكبار:

قال مالك: إن شهدَ كبيرٌ وصبيانَ على صبيٍّ أنه قَتَلَه ؛ سقطت شهادةُ الصغار ^(٢) ؛ لأنَّ الكبير يعلمُهم ، ويكلفُ رجلاً آخرَ ^(٣).

واشترطنا عدمَ التفرُّق ؛ لأنَّ الغالب صدقُهم قبل ذلك ، فإن شهدَ الكبارُ عليهم لا يُعتَبَر قولُهم بعد ذلك الانضباطِ السالمِ عن التُّهمة .
فرع:

قال مالك: ستُّ صبيةٍ في البحر ، غرقَ واحد ، فشهدَ ثلاثةٌ على اثنين ، واثنان على ثلاثة أنهم غرَّقوه ؛ فالعقل عليهم كلُّهم ^(٤) ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يدرأ عن نفسه ، وليس البعضُ أولى من البعض ، فلزِمَت الديةُ عواقلَهم .

فرع:

قال مالك: لا تجوز شهادةُ الصِّبيان الممالِك بعضهم على بعض ^(٥) ؛ لأنهم ليسوا من جنس مَنْ يشهد ؛ والصَّغر لا يوجب قوَّةً .

(١) نقل قوله اللخمي في «التبصرة» (٥٤٣٥/١٠).

(٢) بنصه من رواية ابن المواز عن أشهب عن مالك ، انظرها: «النوادر» (٤٢٨/٨) ، و«الجامع» (٤٢٢/١٧).

(٣) من كلام ابن المواز ، انظره: «النوادر» (٤٢٨/٨ - ٤٢٩) ، و«الجامع» (٤٢٤/١٧).

(٤) «النوادر» (٤٣١/٨).

(٥) بنصه في «البيان والتحصيل» (٤٧٦/٩).

وإذا تعارض بينتان من الصبيان في شجة هل شجها فلان أو فلان ؛ سقطتا ؛ لأن كل طريق تنفي ما ثبتته الأخرى ، وأرسل الشجة على جماعة الصبيان .
ويشترط في شهادة الصبيان اثنان^(١) فصاعداً ، كالكبار^(٢) .



❁ ص : ([لا]^(٣)) تجوز شهادة النساء في دم ، ولا نسب ، ولا عتاق ، ولا طلاق ، ولا نكاح ، ولا رجعة ، ولا حد ، ونحوه من أحكام الأبدان) .
❁ ت : ولا تجريح ولا تعديل .

قال سحنون : ولا في الإحصان^(٤) ؛ لأن الله تعالى إنما ذكر شهادتهن في الديون .

وقال ❁ : «هن ناقصات عقل ودين»^(٥) ، فيقتصر بهن على الأموال ؛ لخفة أمرها .

قال ابن محرز : تجوز شهادتهن عند ابن القاسم في ثلاثة [مواضع]^(٦) :
[الأول]^(٧) : الأموال .

[وثانيها]^(٨) : الوصايا والوكالة على الأموال والموت ، إذا لم يكن في

-
- (١) كذا في (ت ز) ، وفي (ق) : (أن يكونا اثنين) .
 - (٢) انظر : «المدونة» (٢٥/٩) ، و«الجامع» (٤٢١/١٧) .
 - (٣) كذا في (ت ق) ، وفي (ز) : (ولا) .
 - (٤) «النوادر» (٣٩١/٨) ، «الجامع» (٤١٣/١٧) .
 - (٥) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدري : البخاري في «صحيحه» رقم (٣٠٤) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٢٤٣) .
 - (٦) كذا في (ت ز) ، وفي (ق) : (أمر) .
 - (٧) كذا في (ق ز) ، ساقط من (ت) .
 - (٨) كذا في (ت ق) ، وفي (ز) : (والثاني) .

التركة إلا مال^(١).

والثالث: ما لا يحضره الرجال، فيكفي فيه المرأتان، ولا يلزم الطالب يمين^(٢)، كالاستهلال، والرّضاع، وعيوب النساء، والسقط، والحمل^(٣)؛ لأنه موضع ضرورة فاقصرَ عليهنّ، كالصبيان في الجراح.



❖ ص: (تجوز شهادة امرأتين مع رجلٍ في حقوق الأموال كلّها).

❖ ت: لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولا خلاف فيه في الأموال.

قال الأبهرى: فالمرأتان كالرجل في المال، فكما يحلف فيه مع الرجل يحلف مع المرأتين في المال.

قال سحنون [وعبد الملك]^(٣): لا تجوز شهادتهنّ إلا فيما يُقبل فيه الشاهد واليمين^(٤).

[ويخالفهما]^(٥) ابن القاسم في الوصايا والوكالة في المال، فابن القاسم يجيزها؛ لأنها إنما توجبُ مالاً، وعبدُ الملك وسحنون يمنعانها، قاله ابن محرز؛ لأنها لا تثبت بالشاهد واليمين^(٦).



(١) انظر: «الجامع» (٤١٠/١٧).

(٢) بمعناه عنه في «الجامع» (٤٠٨/١٧ و ٤٠٩ - ٤١٠).

(٣) سقطت من (ت)، ومثبتة في (ز)، وهامش (ق).

(٤) «البيان والتحصيل» (١١٥/١٠)، و«الجامع» (٤٠٨/١٧).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ت): (ويخالف)، وفي (ق): (فيخالفهما).

(٦) انظر كلام ابن رشد: «البيان والتحصيل» (١١٥/١٠ - ١١٦).

❁ ص: (تجوز شهادة امرأتين مع يمينٍ في الأموال).

لأنهما أقيما مقام الرجل ، والرجلُ يَحْلِفُ معه .

(وتجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلالِ وعيوبِ [الإماء] ^(١) ، ولا تجوز [في ذلك] ^(٢) [شهادة] ^(٣) امرأة واحدة).

❁ ت: كذلك السقط والحمل والحيض والرضاع ^(٤) ؛ لأنه محلُّ ضرورة ؛ لعدم الرجال ، فجازت كشهادة الصبيان في الجراح .

فإن قيل: يلزم أن لا تجوزَ إلا أربع ؛ لأنَّ المرأتين برجل ؛ قيل: يلزم لو صحَّ هذا لجازت أربعٌ في الأموال ، فلا معنى للزيادة عليهما ؛ لأنهما المذكورتان في القرآن ، كما لا معنى للزيادة على رجلين إلا التوكيد ، وكذلك أربعةٌ في الزنا .
وتجوز على الولادة إذا كان الولد موجوداً ^(٥) .

فإن عُدِمَ:

أجازها ابنُ القاسم ^(٦) .

ومنعها سحنون ^(٧) .

(١) كذا في (ت ق) ، وفي (ز): (النساء) .

(٢) زيادة من (ز) موافقة لعبارة «التذكرة» (٤٠٧/٨) .

(٣) زيادة من (ت) موافقة للفظ «التذكرة» (٤٠٧/٨) .

(٤) انظر: «المدونة» (١٥/٩) .

(٥) هذا قول أصبغ ، انظر: «التبصرة» (٥٤٢٨/١٠) .

(٦) صرح به عن ابن القاسم اللخمي في «التبصرة» (٥٤٢٨/١٠) ، وانظر: «النوادر» (٤٢٢/٨) .

(٧) انظر: «التبصرة» (٥٤٢٨/١٠) .

قال اللخمي: أرى إن كانت المناكرة بقُرب الولادة لا تُقبَل؛ للقُدرة على إظهار الولد وإن كان مقبوراً، وإلا جازت^(١).

فإن شهدتا أنه ذكر:

قال ابن القاسم: يحلفُ المشهودُ له معهما، فجعلَهما كالرجل^(٢)؛ لأنَّ كونه ذكراً مما يطلع عليه الرجال، [فهو]^(٣) شهادةٌ على ما ليس بمالٍ يُستحقُّ به مال. وقال أصبغ: لا تجوز؛ نظراً لكونه ليس مالاً بل نسباً^(٤).

وأما عيوب الفرج:

إن كان في الحرائر يدعيه الزوج؛ قبلن.

أو في الإماء، وهو مما لا يعلمه الرجال، وماتت الأمة أو غابت، وطلبَ شهادتهنَّ القائمُ بالعيب؛ فلا بُدَّ من امرأتين بغيرِ يمين.

أو الحاكمُ يبعث في كشف ذلك، فهل [يكفي]^(٥) واحدةٌ لكونه من باب [الخبر]^(٦)؟ أو لا بُدَّ من اثنتين لكونه شهادة؟

قولان.

أو مما يعلمه الرجال كالبكاراة، يقول: وجدتها ثيباً، فيكذبه البائع؛ لم يبعث

(١) «التبصرة» (٥٤٢٨/١٠).

(٢) «النوادر» (٤٢٢/٨).

(٣) كذا في (ق)، وفي (ز): (وهي)، وفي (ت): (هي).

(٤) بنصه عن أصبغ في «النوادر» (٤٢٢/٨).

(٥) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (تكفي).

(٦) كذا في (ق ز)، وفي (ت): (الأخبار).

الحاكم في ذلك أقل من امرأتين .

وفي اليمين خلاف .

قال مطرف: إن شهدت امرأة مع رجل على استهلال صبي ؛ لم تجز شهادتهما^(١) ؛ لارتفاع الضرورة بحضور الرجل ، فتسقط المرأة ، وبقي الرجل وحده .

وقال ابن حبيب: تجوز ؛ لأنها أقوى من شهادة امرأتين^(٢) .



❖ ص: (لا تجوز شهادة النساء في تعديل النساء ، ولا الرجال ، ولا [في]^(٣) تجريحهما) .

❖ ت: لأن ذلك ليس مما يثبت بالشاهد واليمين ، وهو حكمٌ بدنيٌّ لا يؤدي إلى مال ، وهو يطلع عليه الرجال ، وكذلك تعديلهن للرجال في شهادة مال ؛ لعدم الضرورة .



❖ ص: (يُحكم بالشاهد واليمين في الأموال دون أحكام الأبدان) .

❖ ت: لأن رسول الله ﷺ قضى بالشاهد واليمين^(٤) .

قال مالك: ذلك في الأموال .

(١) «النوادر» (٤٢١/٨) .

(٢) بنصه عن ابن حبيب في «النوادر» (٤٢١/٨) .

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) أخرجه من حديث أبي هريرة: أبو داود في «سننه» رقم (٣٦١٠)، والترمذي في «سننه» رقم

(١٣٩٢)، وابن ماجه في «سننه» رقم (٢٣٦٨) .

وقاله الفقهاء السبعة .

ولا تَثْبُتُ أحكام الأبدان بذلك إجماعاً ؛ لأنه أضعف من الشاهد والمرأتين
ولا يُحْكَمُ به في الأبدان ، فكذلك الشاهد واليمين .



❁ ص : (يُحْكَمُ بالشاهد والنكول فيما يُحْكَمُ فيه بالشاهد واليمين) .

❁ ت : لأنَّ النكول مؤثِّرٌ في الحكم ، فوجب أن يضاف مع الشاهد كاليمين ،
وتأثيره بانتقال اليمين من المدَّعى عليه ، فيصير كشاهدٍ للمدَّعي .

ولأنه مؤثِّرٌ إذا انضمَّ إليه شاهدٌ أو امرأتان ، فكذلك النكول .

ولا يُحْكَمُ به حتى تُرَدَّ اليمين على المدَّعي فيما يُرَدُّ فيه ، فإذا حلف حُكِمَ له .
ولنا : في ردِّها قوله ﷺ : «شاهدك أو يمينه»^(١) .

ورُوي [أنه]^(٢) ﷺ ردَّها على الطالب .

وقاله عمرٌ ، وعثمانٌ ، وعليٌّ بن أبي طالب ﷺ .

ولا يُحْكَمُ بهما في أحكام الأبدان .



❁ ص : (إذا ادَّعى رجلٌ أنَّ رجلاً جرحه ، وأتى على ذلك بشاهدٍ واحد ؛
ففيها روايتان : إحداهما : يجب القصاص به مع اليمين) .

كشاهدٍ مع القسامة في القتل ، فالجرح أولى .

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» رقم (٢٥١٥) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٣٥٦) .

(٢) كذا في (ت ز) ، وفي (ق) : (عنه) .

وقاله عمر بن عبد العزيز .

(والأخرى: لا يُقْتَصُّ بشاهدٍ ويمين).

لأنه حكمٌ بدني .

✽ ت: على الأولى يُقْتَصُّ بشاهدٍ وامرأتين .



✽ ص: ([لا]^(١)) تجوز شهادةُ النساءِ بعضهنَّ على بعضٍ في المواضع التي لا يحضُرُها الرجال ، كالحَمَّام ، والعرس ، والمأتم).

في الجِراح [والقتل]^(٢)؛ لأنَّ الغالب عدمُ صدورِ ذلكِ منهنَّ، ولعدمِ الضرورة ، والحاجةِ لاجتماعهنَّ .

(وقيل: تجوز ؛ لحاجتِهنَّ لذلك ، كالصبيان بعضهم على بعض).

✽ ت: وإن لم يكنَّ عدولا ؛ للضرورة ، والمشهور الأول .



✽ ص: (العدالة شرطٌ في قبول الشهادة ، وهي: أن يكون الشاهد من أهل الرِّضا والأمانة والاعتدال في أحواله ، معروفاً بالطهارة والنزاهة والتوقي والتحري في المعاملة والمخالطة).

✽ ت: لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] .

وقال ﷺ: «إِنْ شَهِدَ ذَوَا عَدْلٍ فَصُومُوا وَأَفْطِرُوا وَانْسُكُوا»^(٣).

(١) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (ولا).

(٢) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (والعقل).

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» رقم (١٨٨٩٥)، والنسائي في «الكبرى» رقم (٢٤٢٦).

ولا خلاف أن شهادة الفاسق غير مقبولة .

فالعدل هو: البالغ ، العاقل ، المسلم ، ثقة ، أميناً ، غير فاسقٍ بفجورٍ ولا [كذب] ^(١) ، متيقظاً ، ضابطاً ، عارفاً بالشهادة ، متحرّزاً من الحيل التي تتم على غير المتيقّظ ، بعيداً من التهمة بالشرّ ودناءة النفس ، حافظاً للمروءة .

واشترائط التكليف ؛ لأنه الوازع ، وغير المكلف لا يؤمن .

والحرية ؛ لأنّ الرقّ يمنع الميراث فيمنع الشهادة ، كالكفر .

والإسلام ؛ لأنّ الله تعالى قال : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، والكافر والفاسق ليسا بمرضيّين ، ولا يُقبل المبتدع ، كالقدرى والخارجي ونحوهم ؛ لأنهم فساق ، ولو كان ذلك عن تأويل ، قاله ابن القصار .

والثقة والسلامة من الفجور ليكون مرضياً .

قال بعض علمائنا: ولا يُشترط أن يمحض الطاعة حتى لا تشوبها معصية ؛ لتعذره ، ولكن أن تغلب عليه الطاعة ، مجتنباً للكبائر ، محافظاً على ترك الصغائر .

[واشترط] ^(٢) المعرفة بالشهادة ؛ ليكون مرضياً ، والجاهل ليس بمرضيٍّ ، ولا يكفي فيه الدّين حتى يعلم ما يشهد به ، وكيف يؤدي ، وإلا لا يؤمن منه أن يؤدّيها على الوجه الممنوع .

قال ابن محرز: وليس المراد بالمروءة نظافة الثياب ، لكن التصوّن ، والسمت الحسن ، وحفظ اللسان ، وتجنب الشّخف والمجون والأخلاق الرديئة ،

(١) في (ز): (كاذب) .

(٢) كذا في (ت ق) ، وفي (ز): (واشترط) .

حتى يكون مرضياً.

قال بعض أصحابنا: [وضابطاً] ^(١) المروءة: أن لا يأتي بما يُعْتَذَر منه مما يَبْخُسُه عند أهل الفضل.



❁ ص: (الشهادة على التعديل والتزكية: أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلاناً عدلٌ رِضاً، ولا يقتصران على وصفٍ واحدٍ من العدالة والرضا).

❁ ت: لأن الله تعالى شَرَطَهُمَا بقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والعدالة: الاستواء والاستقامة، ولا يكفي: لا أعلم له زلةً، ولا أعلم فيه إلا خيراً؛ فإن التزكية إثباتُ العدالة، وهذا نفْيٌ، فقد لا يَعْلَم مع هذا النفي عدالته.

قال عبد الوهاب: أرضاهُ لي وعليّ ليس بتزكية؛ لأنه قد يرضى بغير العدل ^(٢).

فإن اقتصر على العدالة أو الرضا ولم يُسأل عن الكلمة الأخرى؛ قال اللخمي: هو تعديل؛ لأن القرآن وَرَدَ بأحدهما فقط في كل آية، فالعدل رِضاً والرضا عدلٌ، فإن سُئِلَ فوقَّ كان رِيبَةً، وسُئِلَ عن السبب، فقد يذكر ما يقدر ^(٣).



(١) كذا في (ت ز)، وفي (ق): (من ضابط).

(٢) «المعونة» (٤٤٠/٢).

(٣) «التبصرة» (٥٣٧٧/١٠).

❖ ص: (مَنْ عَرَفَهُ الْحَاكِمُ بِالرِّضَا وَالْعَدَالَةِ لَمْ يُطَالِبْهُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى تَزْكِيَّتِهِ ، وَأَمْضَى بِعِلْمِهِ شَهَادَتَهُ ، أَوْ بِمَا يُوْجِبُ سَقُوطَ الشَّهَادَةِ لَمْ يَقْبَلْ شَهَادَتَهُ ، وَلَا يَرْجِعْ إِلَى الْمَزْكِيِّ ، وَلَا لظَاهِرِ حَالِهِ) .

لأنَّ العلمَ مقدَّمٌ على الظنِّ الناشئ عن التزكية ، ولا يُتَّهَمُ في هذا ؛ لأنَّ العدالة والفسق ظاهران ، بخلاف الحكم بعلمه .

(ولا بأس أن يكون للقاضي رجلٌ واحدٌ مزكٍّ يخبره بأحوال الشهود ، فيقبل قوله وحده ، وإن لم يشهد بما يقوله غيره^(١)) .

❖ ت: يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّعْدِيلِ وَالتَّجْرِيعِ فِيمَا يَنْقُلُهُ عَنْ رَجُلَيْنِ فَأَكْثَرُ ، لَا أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ ، وَهُوَ مَخْبِرٌ لَهُ ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ لَا قِيَاسٌ ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي شَهَادَةِ تَنْزِلٍ بِالرَّجُلِ .

فأما على وجه التعديل الذي يوجب قبول قوله في المستقبل ؛ فلا يجوز أقلُّ من شاهدين .



❖ ص: (إِذَا سَأَلَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ أَنْ يَزْكِيَاهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ؛ فَحَسَنٌ أَنْ يَفْعَلَا ذَلِكَ إِذَا عَرَفَاهُ بِالْعَدَالَةِ) .

❖ ت: إِذَا سَأَلَ رَجُلٌ رَجُلًا أَنْ يَعْدَلَ لَهُ شَاهِدًا ؛ قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجِبُ بَلْ حَسَنٌ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ مَعُونَةٌ عَلَى إِقَامَةِ حَقٍّ .

وقال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

(١) كذا في (ز) ، وفي (ق): (يشهد غيره بما يقول) ، وفي (ت): (يشهد به غيره) .

(٢) «النوادر» (٢٨٩/٨) .

ولا فرق بين التعديل والتجريح .

وقال ابن المَوَّاز: يجب عليه أن يزكِّيه أو يجرِّحه - إذا كان يعلم تجريحه -
إذا شهد وخاف أن يُتَّبَعَ بشهادته باطلٌ ، أو [يُفَوَّت] ^(١) حقٌّ ^(٢) ، وإنما لم يوجب
مالكُ التزكية ؛ لأنها أمرٌ ظاهرٌ لم يتعين عليه ، كالشهادة على الحق .



❁ ص: (إن جاور قومًا مدَّةَ يسيرةً ، وسألهم أن يزكوه لا يفعلوا حتى تطولَ
مدَّته [وتُختَبَر] ^(٣) عدالته وأمانته).

❁ ت: لا يجوز الاكتفاء بالظاهر حتى يُعلَمَ الباطن ، ولا تُعرَفَ العدالة إلا
بالمخالطة والمعاملة على مرور الأوقات ، وقد [يتجَمَّل] ^(٤) الإنسان في المدة
اليسيرة ، [ويَبْعُدُ] ^(٥) الصبرُ في المدة الطويلة .

قال سَحْنُون: لا تزكِّي إلا مَنْ طالت صحبته لك ، في السفر والحضر ^(٦) ،
والأخذ والعطاء ، وتكفي في الجرح المدَّةُ اليسيرة ، ومَنْ لم يَعْرِفْ اسمه لم يُقْبَلْ
تعديله .

قال الباجي: معناه: أنه زكَّاه على عينه ، وهو أمرٌ يَنْدُرُ وَيَبْعُدُ مع المدة

(١) كذا في (ت ز) ، ويقابلها في (ق): (يموت) ، وهو لفظ «النوادر» (٢٨٩/٨) ، ومعنى عبارة
«التذكرة» (٤٢٨/٨) .

(٢) بنحوه عنه في «النوادر» (٢٨٩/٨) .

(٣) في (ز): (ويختبروا) .

(٤) في (ز): (يحتمل) .

(٥) في (ق): (ويتعدَّر) .

(٦) بنصه من «النوادر» (٢٧٧/٨) .

الطويلة أن لا يعرف اسمَه ، إلا أن يكون مشهوراً بكنيةٍ أو لقبٍ وخفيَ اسمُه^(١) .
قال مالك: ولا يَسْلَمُ أحدٌ من مقارفة بعض الزلل ، فلا يَمنع العدالة مثلُ
الفَلْتَةِ^(٢) .

وَمَنْ قَبِلَ جَوَائِزَ الْعَمَّالِ الْمَضْرُوبِ عَلَى أَيْدِيهِمْ ؛ سَقَطَتْ عِدَالَتُهُ .
وَالْأَكْلُ عَنْدهُم الْمَرَّةُ لَا يَضُرُّ ، مِثْلُ صِغَارِ الذُّنُوبِ ، بِخِلَافِ الْمَدْمَنِ .
وَلَا يَضُرُّ قَبُولُ جَوَائِزِ الْخُلَفَاءِ^(٣) ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَظْلِمُونَ فِيهِ قَلِيلٌ .



❁ ص: (تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها ، وذلك أن
يشهد شاهدان على شهادة شاهدين ، يشهدان جميعاً على شهادة كل واحدٍ من
الشاهدين الأولين ، ولا يصحُّ أن يشهد كل واحدٍ منهما على شهادة واحدٍ من
الشاهدين الأولين) .

❁ ت: أجازها عليٌّ عليه السلام ، ولم ينكرها أحدٌ من الصحابة رضوانُ الله عليهم .
ومنعها أبو حنيفة في القتل والحدود ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ لَمَّا لَمْ تَجْزُ فِي
الْحُدُودِ لِضَعْفِهَا فَكَذَلِكَ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ .

والجواب: أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ إِنَّمَا امْتَنَعَتْ هُنَاكَ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ لَهُنَّ فِيهِ ؛
لَا طَّلَاعَ الرِّجَالِ عَلَيْهِ ، وَلَمْ تَمْتَنِعْ فِي الْأَمْوَالِ ، وَلَمْ تُمْنَعْ شَهَادَتُهُنَّ عَلَى الشَّهَادَةِ
فِي شَهَادَةِ الرِّجَالِ لِضَعْفِهِنَّ ، بَلْ لَمَّا ذَكَرْنَا .

(١) بنحوه في «المنتقى» (١٥٥/٧ - ١٥٦) .

(٢) نقله القرافي هنا مختصراً من «النوادر» (٢٧٤/٨) .

(٣) انظر: «النوادر» (٢٧٥/٨) .

ولنا: القياس على جميع الحقوق.

وتجوز إذا كان [المنقول] ^(١) عنه مريضاً، أو غائباً، أو ميتاً ^(٢)، أما الحاضر القادر فلا؛ لإمكان أن يكون تأخُّره لريبة ^(٣)، ولا [يُنْقَلُ] ^(٤) عن الواحد أقل من اثنين؛ لأنَّ النقل بعضُ شهادة شاهد.



❁ ص: (الشهادة على الشهادة في الزنا جائزة، [وذلك] ^(٥) أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الأصل الأربعة).

❁ ت: منعها أبو حنيفة كما تقدَّم.

قال ابن القاسم: يشهد أربعة على شهادة أربعة، أو اثنان على شهادة اثنين، واثنان على شهادة اثنين آخرين ^(٦).

وقال عبد الملك: يشهد أربعة على شهادة كل واحد من الأربعة، ويجوز اثنان على كل واحد، فيصيرون ثمانية على أربعة، ويجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم: اثنان على كل واحد، أو أربعة على جميعهم ^(٧).

وقال مطرّف: لا يجوز في نقل الزنا إلا ستّة عشر رجلاً، ولا يعدل كل

(١) أشار في حاشية (ز) إلى أنه في نسخة: (المقبول).

(٢) بنحوه في «الجامع» (١٧/٤١٥)، و«التبصرة» (١٠/٥٤٥٠).

(٣) انظر: «التبصرة» (١٠/٥٤٥٠).

(٤) في (ق): (يقل).

(٥) في (ز): (وهو).

(٦) «المدونة» (١١/٧٥ - ٧٦)، و«الجامع» (١٧/٤١٨).

(٧) بنصه في «النوادر» (٨/٣٨٦)، و«الجامع» (١٧/٤١٨).

واحدٍ من شهود الزنا إلا أربعة^(١).

❖ ص: (إذا عدل الرجل رجلاً، وجرحه آخران؛ فروايتان:

إحدهما: يُحكم بأعدل البيّنتين).

لأنّ زيادة العدالة توجب القوة؛ لأنها سبب القبول، فيقدّم الأعدل.

(والأخرى: أن الجرح مقدّم).

❖ ت: لأنّ الجرح يخفى، واطّلع الجارح على ما لم يطلع عليه المعدّل؛ لأنّ العادة إخفاء القبيح.

قال سحنون: يُقبل التجريح وإن جرحه أحدهما بغير ما جرحه به الآخر؛ لاجتماعهما على أنه رجلٌ سوء^(٢).

وقال أيضاً: لا بُدّ أن يجتمعا على معنى واحد، إما كذابٌ أو شاربٌ خمرٍ أو نحوه، ولو قال أحدهما: هو خائن، وقال الآخر: [يأكل أموال] ^(٣) اليتامى؛ فهو معنى واحد يقع به الجرح ^(٤).

❖ ص: (إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، ثم أنكر الشاهدان الأولان الشهادة، أو نسيّاها، أو رجعا عنها؛ سقطت شهادة الشاهدين الآخرين).

(١) اختصر القرافي هنا من كلام مطرف، انظره بتمامه «النوادر» (٣٨٦/٨)، و«الجامع» (٤١٨/١٧).

(٢) بنصه عنه من «النوادر» (٢٨٨/٨).

(٣) في (ز): (يأكل الربا وأموال).

(٤) بنحوه عن سحنون في «النوادر» (٢٨٨/٨ - ٢٨٩).

✽ ت: لأنَّ الحكم إنما يَثْبُتُ بشهود الأُصل ، بدليل أنهم لو ارتدُّوا أو فسقوا بعد أن شهدوا على شهاداتهم وقبل الحكم ؛ امتنع الحكم ، كذلك إذا رجعوا أو نسوا .



✽ ص: (([إن] ^(١) رجعا بعد الحكم بشهادتهما ، وادّعيَا الغلطَ أو تعمّداً الكذب ؛ لم يُنْقَضِ الحكم) .

لأنه [انبرم] ^(٢) بقول عدلين ، فلا نُبْطَلُهُ بقول فاسقين ، وهما صاراً فاسقين الآن بالاعتراف بالكذب ، أو لنفيِّ هو مُخْتَلُّ القول ، والآن حدث وصفُ الخَلَلِ بالغلط .

(وغيرَ ما أتلّفاه للمشهود عليه بشهادتهما) .

لأنَّ العمد والخطأ في أموال الناس سواء .

(وقال عبد الملك: لا شيء عليهما إذا غلطَا) .

لأنه مما تُعَمُّ به البلوى في الشهادة ، فلو فُتِحَ بابُ الغُرم استَدَّ بابُها ، وزهد الناسُ فيها .

(ويغرمَان إذا تعمّداً الكذب ، فإن رجع أحدهما غَرِمَ النصف) .

لأنه نصفُ السبب المتلف .

(ولو شهدَا بالقتل ، وقُتِلَ الرجلُ ، وأقرَّ بالكذب أو الغلط ؛ غرمت عاقلتهما

(١) كذا في (ق ت) ، وفي (ز): (إذا) .

(٢) زاد في (ز): (الحكم) .



الدية في [الخطأ]^(١)، وفي العمد من مالِ القاتل، ولا يلزمهما القود).

لأنَّ غيرهما المباشر، وهو مقدَّم على [التسبُّب]^(٢).

(وقال أشهب: يُقتَضُّ منهما إذا تعمَّدا؛ لأنَّ الحاكم أسيرهما، ويغرمان الدية إذا غلطا).

وإن رجعا عن الشهادة بالطلاق لا غرمَ عليهما).

لأنهما إنما فوتَّا على الزوج استمتاعاً لا قيمةً له شرعاً، والصدّاق تقابلهُ الوطأة الأولى.

(وفي العتق يغرمان القيمة).

لأنَّ العبد مالٌ، بخلاف الزوجة.

(فإن شهدا أنه تزوّجها وطلّقها قبل الدخول غرماً نصف الصّدّاق).

لأنه الذي غرّمه الزوج بالطلاق.

(فإن شهدا عليه بالدخول وهو منكّرٌ له مُقرٌّ بالنكاح والطلاق؛ غرماً نصف الصّدّاق الذي لزمه بالدخول).

لأنه الذي أتلّفاه.

(وإن شهدا أنه نجّز كتابةً مكاتبه؛ غرماً قيمة الكتابة، أو أعتق أمّ ولده لم يغرماً شيئاً).

(١) في (ز): (الغلط).

(٢) في (ق): (المسبب).

لأنَّ الفأْتَّ بشهادتهما استمتاعٌ لا قيمةَ له شرعاً .

✽ ت: متى رجعا أو أحدهما قبل الحكم لم يُحكَمْ بشيءٍ ؛ لبطلان الحجّة ، ويؤدّبَان إذا تعمّدا الكذب .

ووجهُ القول بالقَوْد: أنَّ رجلين شهدا عند عليّ بن أبي طالب (عليه السلام) أنَّ هذا سرق ، ثم جاءاه بآخر فقالا: وهِمنّا ، لا ندري أهو هذا أو هذا ، فردّ شهادتهما وقال: لو أعلم أنكما تعمّدتما الكذب لقطعْتُكما^(١) .

ولاحظَ المشهورُ: أنَّ الحاكمَ غيرَ مضطّرٍّ ، ولو شاء ردّهما أو تثبّت وكشف فاطلع على [الحال]^(٢) منهما أو من الناس .



✽ ص: (إن رُدّت [شهادته]^(٣) في العتق ، لكونه وحده ، ثم [اشتراه]^(٤) ؛ عتّق عليه ؛ لإقراره بحريّته) .

✽ ت: قال ابن حبيب: وكذلك إن ملكه بأيّ وجهٍ كان يَعْتِقُ عليه .
يريد: بالقضاء^(٥) .

قال أشهب: هذا إن أقام على قوله بعد الشراء ، وإن قال: كنتُ كاذباً ؛ لم

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» رقم (٢٩٥٧) ، والبيهقي في «الكبرى» (٤١/٨) ، ورواه البخاري معلقاً في «صحيحه» (ص ١٥٩٧) .

(٢) في (ز): (الخلل) .

(٣) في (ق): (شهادة الشاهد) .

(٤) كذا في (ز ت) ، وفي (ق): (اشترى العبد) .

(٥) كلام ابن حبيب وتعقيب ابن أبي زيد بنحوه في «النوادر» (٤٨٣/١٢) .



يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيُحْلَفُ ، فَإِنْ نَكَلَ عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَاؤُهُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بَعْتَقَهُ^(١) .

فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ عَنْ مَالٍ فَلَا حَقَّ لِبَائِعِهِ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بَعْتَقَهُ ، وَيَأْخُذَ الْمُشْتَرِيَ مِنْهُ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُقَرَّرْ ؛ وَقِفْتَ الْبَقِيَّةُ .

فَإِنْ طَالَ الْأَمْرُ جَدًّا ؛ تَصَدَّقَ بِهِ .

قَالَ أَشْهَبُ : فَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مَاتَ فَالْمَالُ لِعَصَبَةِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بَعْتَقَهُ ، وَلَا يَأْخُذُ الْمُشْتَرِيَ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّهُ فِي ذِمَّةٍ وَلِيَّهِمُ الْمِيتَ ، وَهَذَا الْمَالُ لَيْسَ مِنْ تَرْكِتِهِ^(٢) ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمِيتِ دَيْنٌ مَا قُضِيَ مِنْ هَذَا الْمَالِ ، فَإِنْ تَرَكَ الْمِيتُ مَالًا أَخَذَ الْمُشْتَرِيَ الْأَقْلَّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ مَا تَرَكَ .

هَذَا إِذَا كَانَ الْوَرِثَةُ رَجَالًا .

فَإِنْ كَانُوا نِسَاءً فَلَا شَيْءَ لِلْمُشْتَرِيَ الشَّاهِدِ مِنْ تَرْكِتِ الْمِيتِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْكِرًا لِلْعَتَقِ .

وَلَوْ لَمْ يَتَرَكَ الْبَائِعُ مَالًا لَأَخَذُوا مَالَ الْعَبْدِ بِحَقِّ مِيرَاثِهِمْ إِيَّاهُ بِالْوِلَاءِ ، وَلَمْ يَلْزَمِهِمْ أَنْ يَدْفَعُوا مِنْهُ ثَمَنَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ عَلَى وَلِيَّهِمْ ، فَلَا يَلْزَمُهُمْ قِضَاؤُهُ مِنْ مِيرَاثِهِمْ مِنَ الْعَبْدِ ، كَغَيْرِهِ مِنَ الدَّيُونِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنَ التَّرِكَةِ شَيْئًا .

قَالَ مَالِكٌ : فَإِنْ اشْتَرَى بَعْضُهُ عَتَقَ ذَلِكَ ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ^(٣) .



(١) انظر قول أشهب «النوادر» (٤٨٣/١٢) .

(٢) كلام أشهب بنصه في «النوادر» (٤٨٣/١٢) .

(٣) بنحوه من رواية ابن حبيب عن مطرف عن مالك في «النوادر» (٤٨٣/١٢) .

كتاب الأقضية

القضاء هو الفصل .

وأصله قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦] .

وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: ١٠٥] .

وقوله تعالى: ﴿وَأِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] .

وفي أبي داود: قال علي عليه السلام: بعثني رسول الله ﷺ قاضياً إلى اليمن ^(١) .

وفي «الموطأ»: قال رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيتُ له بشيءٍ من حقِّ أخيه فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار» ^(٢) .

ولأنَّ النهي عن المنكر واجب، وأحد الخصمين على منكر، فيتعيّن إزالته .
ولأنه يسدُّ باب الخصومات ويقطعُها .

وعلى الإمام أن يحكم بين الناس إن كان أهلاً، أو يُقيم من يحكم .

(١) أخرجه من حديث علي: أبو داود في «سننه» رقم (٣٥٨٢)، والترمذي في «سننه» رقم (١٣٨٠)، وابن ماجه في «سننه» رقم (٢٣١٠) .

(٢) أخرجه من حديث أم سلمة: مالك في «الموطأ» رقم (١٤٧٠)، والبخاري في «صحيحه» رقم (٦٩٦٧)، ومسلم في «صحيحه» رقم (٤٤٧٣) .



فإن لم يكن بالموضع والٍ؛ كان ذلك لذوي الرأي والثقة، فما اجتمعوا عليه أقاموه.

والقضاء من فروض الكفاية إن كان بالبلد عددٌ يصلحون لذلك، وإن لم يصلح إلا واحدٌ تعين وأُجبر على الدخول، فإن امتنع الجميع وهم يصلحون أثموا كلهم.

قال المازري: طلبُ القضاء تارةً يكون واجباً، ومندوباً، ومحرمّاً، ومكروهاً:

فإن عَلِمَ الصالحُ أنه إن لم يَلِ ضاعت الحقوق، وكثُرَ الهرج، أو تقدّمَ مَنْ لا يَحِلُّ أن يتولاه؛ وجب القَبُولُ إذا عُرِضَ عليه، ويؤمر بالسعي في طلبه إن قصد العملَ بالحق، وكذلك إن كان في يدِ مَنْ لا يَحِلُّ أن يتولاه؛ يسعى في إخراجه منه.

والمستحبُّ: أن يكون رجلٌ عالمٌ خَفِيَ علمُه، فيلي القضاء لِيُظْهَرَ علمُه، ويزيدَ اشتهاره بولاية القضاء، ليعَلَّمَ الجاهل، ويفتي المسترشد، أو يَعْلَمَ أنه أنهضُ من غيره وإن كان الغيرُ صالحاً لذلك، ونحو ذلك من الأسباب.

والمكروه: نقيضُ هذا على حسب قرائن الأحوال.

والمحرّم: أن يسعى في طلبه الجاهلُ، والعالمُ الذي يقصدُ به كسب الدنيا.

وشروطُ القضاء التي لا ينعقد ولا يدوم إلا بها عشرة^(١):

الإسلام؛ لأنَّ الكافر لا يحكم على المسلمين.

والعقل؛ لأنه لا يتأتّى من غير العاقل.

(١) انظر: «النوادر» (١٠/٨)، و«التبصرة» (٥٣٢٢/١٠ - ٥٣٢٣).

والذكورية ؛ لأنَّ المرأة تمنعها الأنوثة من مصالحه ، كالخلافة ، ولا يُعَلِّمُ
أنَّ امرأةً وليته قط .

والحرية ؛ لأنَّ نقص الرِّقِّ يمنع هذا المنصبَ الجليل ، ومنافع الرقيق
مستحقةٌ لغيره .

قال المازري : وهذه العلة تَطَرَّدُ فيمن فيه عقدُ حرية .

والبلوغ ؛ ليحصلَ وازعُ التكليف .

والعدالة ؛ لحصول الإجماع على أنَّ الفاسق لا يتولَّى خليفةً ، ولا يولَّى
قاضياً ، إلا شذوذاً من المتكلمين أجازوه في القضاء .

والعلم ؛ ليتأتَّى منه الحكم ، قال القاضي عياض : لا تنعقد ولاية الجاهل مع
وجود العالم العدل المستحق ، ورُخِّصَ فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد إذا لم يوجد
مَنْ بَلَغَهَا .

وسلامةُ حاسة السمع والبصر من العمى والصمم ، واللسان من البكم ؛
للإجماع في ذلك ، ولأنَّ الأعمى إنما يعلم صوتَ مَنْ يتكرَّرُ إليه ، والشهودُ
والخصومُ قد لا يتكثرون ، والصممُ تَفُوتُ معه مصالحُ القضاء ، وقَلَّ أن يوجدَ
أبكمٌ إلا أصم ، وفي الإلجاء للكتابة تضييقٌ على الناس ، وما كلُّ الناس يكتب ،
ولا كلُّ الناس يفهم الإشارة .

واختُلِفَ إذا طرأت إحدى هاتين الآفتين بعد العقد ؛ هل يبطلُّ العقد ويعزله
عن القضاء أم لا ؟

وكونه واحداً ؛ فلا يصحُّ تقديمُ اثنين على أن يقضيا معاً في كلِّ قضية ؛

لاختلاف الاجتهاد والأغراض ، فتتعطل المصالح .



❁ ص : (إذا تداعى رجلان شيئاً ، ولا يد ولا بيّنة لواحدٍ منهما ؛ قُسم بينهما بعد أيمانهما) .

لتساويهما ، وحُلفاً ؛ لاحتمال النكول ، فيترجّح صاحبه .

(فإن كان في يد أحدهما فالقولُ قوله مع يمينه) .

لأنَّ اليدَ مرجّحة ، والسببُ الواحد لا يُحكّمُ به ، كالشاهد .

(فإن نكَلَ عن اليمين حُلف الآخر ، وأخذه) .

لأنه ضُعِفَ بنكوله ، فانتقلت اليمين إليه .

(فإن نكَلَ أُقِرَّ في يد صاحب اليد) .

لأنَّ نكوله أضعفَ دعواه ، وترجّح الآخر باليد .

فإن كان لأحدهما بيّنة حُكِمَ له ببينته ، كانت له يدٌ أم لا .

لأنَّ البيّنة أرجح من اليد ، لأنها تفسّر ، واليد لا تفسّر ، ولقوله ﷺ : «البيّنة على المدعي»^(١) ، واليمين على من أنكر»^(٢) .

وفائدة ذلك : الحكمُ بها .

(فإن كان لكل واحدٍ بيّنة حُكِمَ بأعدلهما) .

(١) كذا في (ز) ، وفي (ق ت) : (من ادّعى) ، وكلاهما وردت به الرواية .

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» رقم (٢١٨٠٥) .

لأنَّ سرَّ البينة العدالةُ ، فيقع الترجيح بها لأنها سرُّها .

(فإن تكافأنا حُكْم لصاحب اليد) .

لأنها مرجحة .

(فإن لم يكن في يد أحدهما قُسم بينهما بعد أيمانهما) .

لما روى ابن وهب: أنَّ رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في دابةٍ وجداها عند رجل ، وأقام كلُّ واحدٍ شاهدين أنها دابتهُ ، فقصى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين^(١) ، ولتساويهما في الأسباب .

وعُرضت الأيمان عليهما ليرجَّح أحدهما بنكول الآخر ، فإن تعذَّر ذلك ؛ قُسم بينهما .

(فإن حلف أحدهما ونكَلَ الآخر ؛ كان للحالف) .

لترجُّحه .

(فإن نكلا عن اليمين لم يُحكَم بينهما بشيء ، وثُرِكَا على ما كانا عليه) .

لأنَّ تساقُطَ البيِّنَتين يمنع الحكمَ بهما .



❁ ص: (إذا ادَّعى رجلٌ على رجلٍ [دعوى]^(٢) ؛ لم يحلف له بمجرد دعواه ، حتى يُثبِت أنَّ بينهما خُلطةً ، فيحلف ويُبْرَأُ .

(١) أخرجه بنحوه من حديث أبي موسى: أحمد في «مسنده» رقم (١٩٦٠٣) ، وأبو داود في «سننه»

رقم (٣٦١٣) ، والنسائي في «سننه» رقم (٥٤٢٤) .

(٢) ثبت في (زق) ، وسقطت من (ت) .

فإن نكلَ ؛ لم يُحكَم عليه بالنكول ، وحلف المدَّعي ، واستحقَّ .
فإن لم يحلف لم يُحكَم له بشيء .

✽ ت: نقلَ الأبهرى عن عليٍّ عليه السلام أنه قال: اليمين مع الشاهد ^(١) .
فإن لم تكن بيّنة ؛ فاليمين على المدَّعى عليه إذا كان قد خالطه .
فإن نكل ؛ حلف المدَّعي .

وقاله عمر بن عبد العزيز ، والفقهاء السبعة ^(٢) .

ولأنَّ كثيرًا من الناس يهابون الأيمان وهم صادقون ، فلو حُلِّفوا نكلوا
فغَرِمُوا فتضرَّروا ، وكذلك يهابون التقدُّم للحاكم فيمتَهِنُ الأرذالُ أشرافُ الناس
بالباطل ، فيسأل الحاكم: هل بينهما خُلطةٌ ، أو يليق به ما ادَّعى عليه به ؟
قال اللخمي: أرى إن كانت الدعوى من الصالح ومَن يُرى أنه لا يدَّعي
باطلاً أن تُراعَى الشبهة ^(٣) .

قال سحنون: لا بُدَّ من الخُلطة بين أهل السوق والذين يجتمعون في
المساجد إذا ادَّعى بعضهم على بعض ، وذلك ليس بخُلطة .
قال ابن كنانة: تَثَبَّتْ الخُلطة بشاهدٍ واحد ، أو امرأة ^(٤) .

وقال ابن المَوَّاز: إن أقام شاهداً واحداً حُلِفَ معه المدَّعي ، ثم يحلف

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٨١/٥) ، والبيهقي في «سننه الكبرى» (٥٥١/٢٠) .

(٢) بنصه من كلام الأبهرى في «شرحه على المختصر الكبير» (٥٠٠/٢) .

(٣) بنصه في «التبصرة» (٥٤٧٩/١٠) .

(٤) بنصه في «التبصرة» (٥٤٧٩/١٠) .

[المدعى عليه] (١)(٢).

ودلينا على ردّ اليمين: قوله ﷺ: «أتحلفون وتستحقّون دمّ صاحبكم؟»، قالوا: لم نحضر، قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يمينا؟» (٣).

وقاله عمر وعثمان وعليّ رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم.

ولأنّ أصول الدعاوى لا يُحكّم (٤) فيها بسبب واحد، بل بشاهدين، أو شاهدي وامرأتين، أو شاهدي ويمين، فلا بُدّ مع النكول من يمين.



❁ ص: (اليمين في الحقوق كلّها بالله الذي لا إله إلا هو فقط، ويحلف في المسجد، ولا يحلف عند منبر من المنابر، إلا منبر رسول الله ﷺ، ولا يحلف عنده إلا في ربع دينار فصاعداً، ويحلف على أقلّ من [ذلك] (٥) في سائر المساجد).

❁ ت: كان رسول الله ﷺ يحلف بهذا اللفظ فقط.

ولليمين لفظٌ ومكانٌ وزمان.

فاللفظ؛ هو اسم الله تعالى مع التوحيد، فإن قال: والله، أو: والذي لا إله إلا هو؛ فمقتضى قول مالك: أنها أيمانٌ جائزة (٦).

(١) في (ز): (المقضي عليه).

(٢) نقله عنه اللخمي في «التبصرة» (٥٤٧٩/٨ - ٥٤٨٠).

(٣) سيأتي تخريجه مطولاً في (٣١٦/٦).

(٤) كذا في (ق)، ويوافق لفظ «التذكرة» (٤٦١/٨)، وفي (ز ت): (يُحلف).

(٥) كذا في (ت)، وفي (ق ز): (منه)، والمثبت يوافق لفظ «التذكرة» (٤٦١/٨).

(٦) انظر قول مالك «النوادر» (١٥٢/٨ - ١٥٣)، و«التبصرة» (٥٥٣٢/١٠).

وقال أشهب في «الموازية»: لا تجزئه في الوجهين^(١).

قال اللخمي: أرى أن تجزئه؛ لأنه يلزم بكل واحد الكفارة^(٢).

قال ابن القاسم: رأيت المدنيين يزيدون عند المنبر: الرحمن الرحيم، وأبى ذلك مالك^(٣).

وأما موضع الحلف؛ فقال مالك وابن القاسم: إن كان الحق أقل من ربع دينار حلف في مكانه، أو ربع دينار فأكثر حلف حيث يعظم من المسجد^(٤)؛ ليرتدع عن اليمين [الباطلة]^(٥)، ولا يأتي في أقل من ذلك إلى المسجد.

وقال رسول الله ﷺ: «مَنْ حلف على منبري هذا يمينا كاذبة فليتبوأ مقعده من النار»^(٦).

قال مالك: يُحلف في مكة عند الركن^(٧).

وربُّ دينار أقل ما^(٨) يستباح به يد السارق، فلذلك خُصص.

قال مالك: ويُحلف قائماً^(٩)؛ لأنه أرهب وأشهر.

(١) بمعناه عن أشهب في «النوادر» (١٥٣/٨).

(٢) «التبصرة» (٥٥٣٢/١٠).

(٣) «النوادر» (١٥٢/٨).

(٤) «النوادر» (١٥٤/٨)، و«البيان والتحصيل» (١٨٤/٩)، و«التبصرة» (٥٥٣٣/١٠).

(٥) في (ت): (الكاذبة).

(٦) أخرجه من حديث جابر: مالك في «الموطأ» رقم (١٤٨٢)، وأحمد في «مسنده» رقم (١٤٧٠٦)،

وأبو داود في «سننه» رقم (٣٢٤٦).

(٧) بنصه عنه في «التبصرة» (٥٥٣٣/١٠).

(٨) في (ق): (مال).

(٩) «البيان والتحصيل» (١٨٤/٩)، و«النوادر» (١٥٦/٨)، و«التبصرة» (٥٥٣٤/١٠).

ولقوله تعالى: ﴿فَتَأْخِرَانِ يُقِيمَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولَئِينَ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٧].

وقال عبد الملك ومطرّف: يُحْلَفُ قائماً مستقبلَ القبلة ، إلا أن يكون الدّين أقلّ من ربع دينار ، فيُحْلَفُ في مكانه جالساً^(١).

وأما الزمان ؛ [فهو بعد] ^(٢) العصر ، وهو مختصّ ببعضها ، لقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦] ؛ لأنه وقتُ ارتفاع الأعمال .



❁ ص: ((تُسْتَحْلَفُ ^(٣) المرأة في المسجد ليلاً إن كانت ممن لا تخرج نهاراً) .

❁ ت: قال مالكٌ في «المدونة»: ولا تخرج [ليلاً] ^(٤) إلا في الشيء الكثير ، وتُحْلَفُ في بيتها في ربع دينارٍ فأقلّ إن كانت ممن لا تخرج ^(٥).

وقال في «الواضحة»: تخرج في ربع دينار ، كالرجل ^(٦).

قال عبد الوهاب: إن كانت من أهل القَدَر والشَّرَف بعث إليها الحاكم مَنْ يُحْلَفُها ؛ لأنَّ لخصمها إحلافها دون تبذُّلها ^(٧).

(١) «النوادر» (١٥٦/٨ - ١٥٧).

(٢) كذا في (ت) و«التذكرة» (٤٦٥/٨) ، ويقابله في (زق): (فبعد).

(٣) كذا في (تق) ، وفي (ز): (وتستحلف).

(٤) قوله: (ليلاً) سقط من (ت) و«التذكرة» (٤٦٦/٨) ، وأثبت من (ق ز).

(٥) بنحوه في «المدونة» (٨٥/٩ - ٨٦) ، و«النوادر» (١٥٧/٨).

(٦) «النوادر» (١٥٧/٨).

(٧) بنصه عنه في «المعونة» (٤٨٢/٢).



✽ ص: (يُحْلَفُ [اليهودي والنصراني حيث يعظمَان] ^(١) من الكنيسة والبيعة، ولا يحلفان إلا بالله ﷻ).

✽ ت: لأنَّ المقصود الردُّ عن اليمين الفاجرة.

وهل يُحْلَفُونَ بالله الذي لا إله إلا هو فقط، أو اليهوديُّ بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصرانيُّ بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى؟
قولان لمالك؛ لأنَّ منهم مَنْ ينكر التوحيد، فلا يُلْزَم بالخروج عن دينه.



✽ ص: (إذا ثبت [الحقُّ] ^(٢) ببيّنة، فادّعى الخصم أنه قد قضاه؛ حُلِّفَ صاحب الحق: أنه ما اقتضاه، وبرئ من دعواه.

فإن نكَلَ الذي عليه الحقُّ، وسقط الحقُّ عنه.

فإن نكل غَرَمَ الحقَّ، وإن مات الذي له الحقُّ حُلِّفَ [وارثه ما يعلم أنَّ مورثه] ^(٣) اقتضى حقه ولا شيئاً منه واستحقَّ).

لأنه الممكن في حقه.

فإن نكَلَ؛ حُلِّفَ الذي عليه الحقُّ، وبرئ.

✽ ت: إنما حُلِّفَ الذي له الحقُّ لأنه مدَّعى عليه بسقوط حقه الثابت،

(١) كذا في (ق)، وفي (ت): (اليهود والنصارى حيث يعظمون)، وفي (ز): (اليهود والنصراني حيث يعظمون).

(٢) كذا في (ق ز)، وفي (ت): (الحكم).

(٣) كذا في (ت ق)، وفي (ز): (ورثته أنهم ما يعلمون أنَّ مورثهم).

ونكولُه كشاهدٍ يحلف معه الآخر .

ولا يحلف الوارث الصغير إذا بلغ ؛ لِئُعَدَّه عن الاطلاع على ذلك^(١) .

قال الأبهري : وقد يقال : إنه يحلف ؛ لأنه يعلم ذلك بالخبر^(٢) كما يحلف مع الشاهد في إثبات حقٍّ لأبيه ، ويردُّ بالعيب إذا وقف عليه .

[قال ابن القاسم في «العتبة»]^(٣) : إذا ادَّعى الغريمُ القضاء ؛ أغرمَ الآن^(٤) .

وقيل : يؤخَّر ؛ لأنَّ له ردَّ اليمين ، ولا يُستحقُّ عليه شيءٌ إلا بعد يمين الطالب^(٥) .



❁ ص : (إن حلف على دعوى ، ثم وُجدت عليه بينة ، وللمدَّعي عذرٌ في تأخيرها ؛ حُكِمَ له بها ، وإن لم يكن له عذر فروايتان :

إحداهما : يُحَكَمَ له بها) .

لأنها حُجَّةٌ شرعية ، وتقديمُ اليمين من الغريم طلبٌ لأسهل الطرق .

(والأخرى : أنه لا يحكم له بها) .

لأنه أسقطَ حقَّه منها بعدوله لليمين .

❖ ت : إذا لم يعلم بها قُضي بها بعد أن يحلف : أنه ما كان يعلم بها .

(١) بتمامه من «شرح المختصر الكبير» للأبهري (٤٩٣/٢) .

(٢) بنصه من «شرح على المختصر الكبير» (٤٩٣/٢) .

(٣) كذا في (ت ق) ، ويقابله في (ز) : (قال ابن المَوَّاز) .

(٤) نقله عن ابن القاسم اللخمي في «التبصرة» (٥٥٣٠/١٠) .

(٥) نقل هذا القول بنصه اللخمي في «التبصرة» (٥٥٣٠/١٠) .



واختصم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يهودي يدعي على مسلم ، فأمره بالبينة ، فقال: ما تحضر لي اليوم بيّنة ، فأحلف له المطلوب ، ثم جاءه المدعي بعد ذلك بالبينة ، فقضى له بها وقال: البيّنة العادلة خير من اليمين الفاجرة^(١).

ولأن الطالب يقول: لم أعلم أنه يحلف كاذباً.

ووجه الرواية الأخرى: أنه لو ترك حقه وأخذ أدنى منه على وجه الصلح ؛ لم يكن له الرجوع بعد ذلك إلى أصل الحق .

قال مالك: فإن قال: بيّنتي غائبة فأحلفه لي ، فإذا قدّمت قمتُ بها ؛ فإن كانت بعيدة الغيبة ، وخيفَ تطاولُ الأمر وذهابُ الغريم ؛ أحلفه ، ويقوم بيّنته إذا قدّمت ، وإن كانت على نحو ثلاثة أيام لم يحلفه إلا على إسقاطها^(٢).



❁ ص: (ولا يحكم [الحاكم]^(٣) بعلمه في حدّ [ولا حق]^(٤) ، وله أن يشهد بما علمه عند غيره من الحكام ، كواحدٍ من الشهود).

❁ ت: لقوله رضي الله عنه في حديث هلال بن أمية في اللعان: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال ، أو على نعت كذا فهو لشريك بن سحماء» ، فجاءت به على النعت المكروه ، فقال رضي الله عنه: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمتها»^(٥) ،

(١) رواه البخاري معلقاً في «صحيحه» (ص ٧٢٥) ، والبيهقي في «سننه الكبرى» (١٠/١٨٢) ، عن طاووس ، وإبراهيم ، وشريح .

(٢) بنحوه في «المدونة» (٤٥/٩) .

(٣) ثبتت في (ق ز) ، وسقطت من (ت) .

(٤) المثبت من (ت ز) ، ويقابله في (ق): (ولا غيره من الحقوق) .

(٥) أخرجه من حديث أنس: أحمد في «مسنده» رقم (١٢٤٥٠) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٣٧٥٧) .



فأخبر ﷺ أنها زنت ، ووقف الرجم على البيّنة .

ولأنه ﷺ لم يحكم بقتل المنافقين مع علمه بكفرهم .

وقال : «لثلاثا يتحدّث الناس أن محمّداً يقتل أصحابه»^(١) ، فجعل التّهمة سبب المنع ، فغيّره بطريق الأولى .

وقال الصّدّيق (عليه السلام) : لو رأيت رجلاً على حدٍّ من حدود الله تعالى ما أقمت عليه الحدّ حتى يشهد على ذلك أربعة شهداء .

ويجوز التعديل والتجريح بعلمه ، والفرق من وجهين :

الأول : أن قبول الشاهد ليس حكماً ؛ لأنّ لغيره أن يرُدّه ويُنكِر عدالته ، وإذا قَبِل قول الكافر على الكافر - كما رآه بعضهم - فلغيره أن لا يَقْبَله في واقعةٍ أخرى ، ولو حكم في أمرٍ مختلفٍ فيه لم يَجْز لغيره [تغيره]^(٢) ، وصار مُجمَعاً عليه بعد الحكم ، فالحكم بعدالة زيد لو كان حكماً لا تمتنع إبطالها .

الثاني : أن عدالة العدل ، وفسق الفاسق لا يَخْفَى على الناس غالباً ، فلا تهمة على الحاكم فيهما ، والحكم بالعلم إنما امتنع خشيةً من قضاة السوء ، والتهمة على الأخيار ، وإذا لم يَحْكَمْ بعلمه رفعه إلى مَنْ هو فوقه ، فشهِد به^(٣) .

فإن لم يكن [فوقه]^(٤) أحدٌ ؛ قال مالك : يرفعه إلى مَنْ دونه^(٥) .

(١) أخرجه من حديث جابر: البخاري في «صحيحه» رقم (٤٩٠٧)، ومسلم في «صحيحه» رقم (٦٥٨٣).

(٢) كذا في جميع النسخ، ولعل الأنسب (تغيره).

(٣) بنحوه في «الجامع» (٧٥٨/١٥).

(٤) في (ز): (من فوقه)، والمثبت عبارة: (ق ت).

(٥) صرّح به عن مالك اللخمي في «التبصرة» (٥٣٤٣/١٠).

وقد قاضى عمرُ خصماً له إلى أبيّ بن كعب ، فحكمَ عليه باليمين .
وقال بعض العلماء: إن كان الذي دونَه في حُكمه لم يَرَفَع إليه ؛ لأنه منفذٌ
لحكمِ نفسه .



❁ ص: (ولا ينبغي للحاكم أن يحكمَ إلا بحضرة الشهود [ليسمعوا
الدعوى ، وينقلوها] ^(١) إليه ، فيحكم بشهادتهم لا بعلمه) .

❁ ت: قال الأبهري: لأنَّ قضاة المدينة كانوا يُحضِرُونَ الشهودَ ، فيحفظون
الإقرارات ، فيشهدون بها عندهم ، فيحكمون بالشهادة لا بالإقرار عندهم ؛ لئلاً
يحكموا بعلمهم .



❁ ص: (إذا حكم الحاكم بحكمٍ ، وأنكرَ أنه حكمَ به ، وشهدَ به عليه
شاهدان ؛ ثبت الحكم بشهادتهما) .

❁ ت: وكذلك لو نسيَ وشهدَ [عنده] ^(٢) شاهدان أنه حكمَ ؛ عملَ بها ؛
لتعلّق حقّ الغير ، فلولا ذلك لضاعت حقوق الناس ؛ ولأنَّ الحاكم يُتَّهم في إنكاره
لأجلِ عداوةٍ أو صداقة ، وقياساً على جحد المشهود عليه من الخصوم .



❁ ص: (إن أنكر المحكومُ عليه الحكمَ ؛ لم يُقبَل قولُ الحاكم أنه حكمَ
إلا ببيّنةٍ على حكمه) .

❁ ت: قال رسول الله ﷺ: «لو أُعطيَ الناس [بدعواهم] ^(٣) لادّعى قومٌ

(١) كذا في (ق ت) ، وفي (ز): (يسمعون الدعوى ، وينقلونها) .

(٢) كذا في (ق) ، وفي (ز ت): (عنه) .

(٣) في ق: (بدعوايهم) .

دَمَاءٌ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ ، لَكِنِ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ أَدْعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ^(١) .
والحاكم مدَّعٍ للحكم ، فعليه البيِّنَةُ .

ولأنه شاهدٌ على فعلٍ نفسه ، فلا يُقْبَلُ ، ولا يُقْبَلُ مع شاهدٍ واحدٍ ؛ لأنه ليس بمال ، فلا بُدَّ من شاهدين .

وقال [أصبغ]^(٢) في «الواضحة»: يُصَدَّقُ القاضي^(٣) .



❁ ص: (إذا كتب حاكمٌ إلى حاكمٍ كتاباً في حقٍّ ثبت عنده ؛ لم يَحْكَمْ بكتابِهِ إلا ببيِّنَةٍ تشهد على الكتاب ، ولا تُقْبَلُ على خطئه دون لفظه) .

❁ ت: الضرورة تدعو إلى [النقل بسبب أن]^(٤) البيِّنَةُ قد لا توجد في بلد الخصم ، وكذلك لو وصل إليه من غير جهةٍ صاحب الحق فلا بُدَّ من شاهدين ؛ لأنه يجوز تزويرُهُ ، فلا يُعْلَمُ صدقُهُ إلا بالبيِّنَةِ ، وهو غيرُ المالِ المشهودِ فيه ، الذي يكفي فيه الشاهدُ واليمين وشهادةُ امرأتين مع رجل .
ولا يَكْتَفِي بعلامة القاضي ؛ لأنها تزوَرُ .

فإن أشهد على كتابه ولم يقرَّه ، بل أشهدهم أنه كتابُهُ ؛ فعن مالكٍ روايتان: إحداهما: جوازُها ؛ لأنَّ إقراره بأنَّ ما فيه له يكفي ، وقياساً على قراءته عليهم ، وعلى المكتوبِ إليه قَبُولُ الشهادة ونفوذُ الحكم ، وكذلك الوصيَّةُ

(١) تقدم تخريجه ، انظر: (٤٣/٦) .

(٢) في (ت): (أشهب) .

(٣) «النوادر» (١٠٨/٨) ، و«التبصرة» (٥٣٥٥/١٠) .

(٤) كذا في (ز ت) ، وفي (ق): (إثبات الحق بالكتاب لأن) .

المكتوبة التي لا تُقرأ، والكتاب الذي لا يُقرأ إذا أقرَّ صاحبُ الحقِّ بذلك .

ولأنه لو قرأه عليهم ما حفظوه ، وإنما الغرض في ذلك الإقرار .

وكان رسول الله ﷺ يكتب إلى عمَّاله فيقبلون كتابه من غير قراءةٍ عليهم عند الكتابة .

والرواية الأخرى: أنه لا تصحُّ الشهادة على كتابٍ حتى يُقرأ ؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمَنَا﴾ [يوسف: ٨١] ، وما في الكتاب غيرُ معلوم ، ولأنَّ الخطَّ قد يُزورُّ ويُزورُّ الكتاب المطويُّ ، فإذا قُرئَ عُلِمَ الأول .



❁ ص: (إذا أنكر الخصم ، فشهِدَ شاهدان على خطِّه دون لفظه ؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم له بالشهادة على الخط) .

لأنه قد يُعلم ، كالصوت للأعمى .

(والأخرى: لا يحكم بها) .

لأنَّ التزوير كثير .

(وعلى الأولى ؛ ففي احتياجه لليمين روايتان .

وإذا شهِدَ واحدٌ على الخط فهل يُحكم له بالشهادة على الخط مع يمينه ، أو لا يحكم له ؟

روايتان) .



✽ ت: روى ابن عبد الحكم ، عن مالك الرجوع عن قبول الشهادة على الخط^(١) ؛ لكثرة التزوير ، وهو الذي استقرَّ قوله عليه .

ووجه الاحتياج لليمين : ضعف الشهادة على الخط .

ولاحظ في الرواية الأخرى : أنَّ كتابته بيده كإقراره بلسانه ، والإقرار لا يحتاج معه إلى يمين ، فكذلك الخط ، وكذلك الشاهد الواحد مع اليمين ، كما لو شهد على إقراره .

ويدلُّ عليه : أنَّ الرجل إذا أقرَّ بالطلاق لزِمه ، وإن كتبه بخطه لزِمه ذلك إذا أراد به الطلاق ، فقد نابت الكتابة مناب اللفظ^(٢) .

فرع:

من «المجموعة» : إذا كتب قاضي إلى قاضي ، فإن كان الذي كتَبَ عند المكتوب إليه مُستحقَّ القضاء في فهمه ودينه وعلمه وورعه وفطنته ، غير مخدوع ، قبله^(٣) .

قال أشهب : إن كتب غير العدل : أنَّ بينة فلان ثبتت عندي ؛ لم يقبل كتابه ، وإنما يقبل كتاب مَنْ لو شهد عنده قبله^(٤) .

فإن جهل حاله والمجهول من قضاة الأمصار كالمدينة والعراق والقيروان ؛ نفذه .

(١) «النوادر» (٢٦٤/٨) .

(٢) قوله : (ويدلُّ عليه أنَّ الرجل ... مناب اللفظ) ليس في (ت) ، وجاء فيه بدله : (فإنَّ إقراره بالطلاق كما يلزم الطلاق أيضاً بكتابة الطلاق) ، وقد زادها في (ز) أيضاً ، إلا أنَّ لفظه : (فإنَّ إقراره بالطلاق لم يلزم الطلاق أيضاً بكتابة الطلاق) .

(٣) بنصه في «النوادر» (١٢٣/٨) .

(٤) بنصه من كلام أشهب في «النوادر» (١٢٣/٨) .

وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفذه حتى يسأل العدول عنه وعن حاله (١).



❖ ص: (الحبس في الحقوق كلها واجب عن معاوضة مالٍ أو غير مال).


❖ ت: لأن فيه تخلص الحقوق؛ لأن من الناس المُلد الذي لا يعطي إلا بالتضييق.

ويحبس الحرَّ والعبد حتى يستبرئ أمره، ويكشف عن حاله.

فإن اتهم أن يكون غيبَ مالاً حبسه، وإلا لم يحبسه؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَّنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بَدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾ [آل عمران: ٧٥]، أي: ملازمًا.

ولمَّا جازت ملازمته ومنعه من التصرف جاز حبسه، ولا خلاف فيه بين فقهاء الأوصار.

وإذا عجز عن إثبات فقره لم يُخرج من السجن، وإذا ثبت فقره أحلف أنه لم يكتم شيئاً، وأنه لا دين له ولا ودعة ولا شيء يُقدَّر على القضاء منه، وأنه إن وجدَ ليقضيته.

قضى بذلك أبو بكر، وعمر .



❖ ص: (لا حبس على مُعسرٍ، ويجبُ إنظاره).

لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولأنَّ حبسه ضررٌ من غير فائدة.

(١) هذا نص كلام أصبغ من «النوادر» (١٢٣/٨).



وليس للحبس حد .

ولأنَّ الغرض اختبارُ حاله ، فإذا ظهر في المدة القريبة اقتصرَ عليها ، وإلاَّ تمادى به على ما يغلب على ظنه .

وينظر الحاكمُ في حال المحبوسين ، ولا يهمل أمرهم .

لئلاَّ يتضرَّروا ، وهو مسؤولٌ عنهم .

فَمَنْ عَلِمَ إِعْسَارَهُ أَنْظَرَهُ ، وَمَنْ عَلِمَ لَدَّهُ أَطَالَ حَبْسَهُ .

لأنه متعدي بترك قضاء الحق ، ورؤي : أن رسول الله ﷺ حبس في تهمته^(١) .

✽ ت : مَنْ أَشْكَلَ أَمْرُهُ ؛ سَأَلَ جِيرَانَهُ .

وَمَنْ يَعْرِفَ حَالَهُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا أَحْلَفَهُ وَخَلَّى سَبِيلَهُ ، وَلَيْسَ لِلْغَرِيمِ مِلَازِمَتُهُ ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمِلَازِمَةِ لَا بِمَعْنَى الْمِطَالَبَةِ ، بَلْ يَكُونُ مَعَهُ حَيْثُ دَارَ .

لنا : أَنَّ الْآيَةَ الْمُتَقَدِّمَةَ أَوْجَبَتْ الْإِنْظَارَ مُطْلَقًا .



✽ ص : (وَإِذَا حَكَّمَ الرَّجُلَانِ رَجُلًا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا ، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا وَسَخِطَ الْآخَرُ ؛ لَزِمَهُ حُكْمُهُ إِذَا حَكَمَ بِمَا يَجُوزُ ، وَافَقَ حَكَمَ قَاضِي الْبَلَدِ أَوْ خَالَفَهُ ، مَا لَمْ يَخَالَفِ الْإِجْمَاعَ) .

✽ ت : لِأَنَّهُمَا لَمَّا حَكَّمَاهُ فَقَدْ رَضِيََا بِحُكْمِهِ ، فَيُلْزِمُهُمَا كَمَا يُلْزَمُ الْمُسْلِمِينَ

(١) أخرجه من حديث بهز بن حكيم ، عن أبيه ، عن جده : أحمد في «مسنده» رقم (٢٠٠١٩) ، وأبو داود في «سننه» رقم (٣٦٣٠) ، والترمذي في «سننه» رقم (١٤٧٦) ، والنسائي في «سننه» رقم (٤٨٨٠) .



حكمُ الإمام إذا نصَّبوه ، أو حاكم إذا رَضُّوه ، كذلك هاهنا ، إلا أن يكون جوراً بيناً .

قال اللخمي : يُشترط في المحكَّم العدالةُ ، ورتبةُ الاجتهاد ، أو عامياً يسترشد بالعلماء ، فإن حكمَ ولم يسترشد ؛ رُدَّ حكمه وإن وافق قولَ قائل .

وإن كان من أهل الاجتهاد مالكيًّا ولم يخرج عن مذهب مالكٍ لزم حكمه ، وإن خرج لم يلزم حكمه إذا كان الخصمان مالكيين ؛ لأنهما إنما حكَّماه في مذهب مالكٍ وأصحابه ، وكذلك الشافعيَّان والحنفيَّان^(١) .

وقال أبو حنيفة : إن وافقَ حكمه قاضيَ البلد ؛ لزم ، وإلا فلا .

لنا : قوله ﷺ : «المسلمون عند شروطهم»^(٢) .

ولأنهما رضياه كما لو رضيا بقاضي البلد .

فإن حكَّما رجلين فحكمَ أحدهما ؛ لم يجز حتى يحكَّما معاً .

ويصحُّ التحكيم في الأموال وما في معناها ، دون اللعانِ والحدودِ والقصاصِ والطلاقِ والعَتاقِ والنَّسبِ والولاءِ ، وإنما ذلك لقضاةِ الأمصار العظام والإمام .



❁ ص : (إذا حكَّماه في شهادةٍ ، فشهِدَ على أحدهما بشهادةٍ ، فأنكرها ؛ لم تلزمه) .

❁ ت : لأنَّ الشهادةَ عِلْمٌ يؤدِّيه للحاكم ، فإذا عَلِمَ أنه شهد عليه بالباطل فله إنكارُهُ .

(١) «التبصرة» (٥٣٣٧/١٠) .

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة : أحمد في «مسنده» رقم (٨٧٨٤) ، وأبو داود في «سننه» رقم (٣٥٩٤) ، والدارقطني في «سننه» رقم (٢٨٩٠) .



قال ابن القاسم: ولكن إن كان الشاهد عدلاً؛ قُبِلَ عليه في الأموال^(١).

وقول مالك: لا يُقْبَلُ عليه وإن كان عدلاً^(٢).

قال ابن القاسم: محمله عندي في غير الأموال^(٣).

وكذلك إذا قال في المخاصمة: رَضِيتُ بما يشهد به فلان؛ فله منكرته، ويقول: ظننتُ أنه يشهد بالحق.

والفرق بين التحكيم والشهادة: أن التحكيم رضاً باجتهادٍ غير معيّن، والشهادة لا اجتهادَ فيها، فينفذُ الاجتهاد ما لم يخالف نصّاً أو إجماعاً؛ لدخولهما على ذلك.

قلت: لا يُقْبَلُ من القاضي قضاؤه ويُنْقَضُ إذا خالف أحدَ أربعة: الإجماع والنص والقياس الجلي والقواعد الشرعية، وكذلك إذا وقع حكمٌ في مذهبٍ كذلك لا يجوز أن يفتي به، فذلك التحكيم.



❁ ص: (ينبغي في كتابة الوثيقة أن يُملَّ الذي عليه الحق).

فإن أملاه الذي له الحق بحضرته ورضاه، أو رجلٌ غيرهما بحضرتهما ورضاهما؛ جاز، وأجرة الكاتب على أرباب الحقوق إذا كانوا جماعةً بالسوية).

❁ ت: أصل ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ إِلَى

(١) بنحوه عن ابن القاسم في «النوادر» (٣٥١/٨).

(٢) بنصه عن مالك في «النوادر» (٣٥١/٨).

(٣) بنصه عنه في «النوادر» (٣٥١/٨).

أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكُتُبُوهُ وَلِيَكُتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكُتَبَ
كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴿٢٨٢﴾ ، إلى قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلَأْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

ولأنَّ الدِّينَ عليه ، فإملاؤه إقرار .

ولأنه يرفع الشبهة ، فقد يقول الذي عليه الحقُّ إذا أملى الطالب: خَفِيَ عَلَيَّ
بعضُ الذي أملاه .

واختلَفَ في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا
يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَأَ هُوَ فَلْيُمْلَأْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، هل الهاء في ﴿وَلِيُّهُ﴾
[البقرة: ٢٨٢] للطالب أو المطلوب ؟

وقيل: السفية: الجاهلُ بالإملاء .

وقيل: سفيةُ المال .

والضعيف: العاجز لخرسه .

وقيل: هو الأحمق الضعيفُ العقل .

وفي كون أجرة الكاتب على قدر الحقوق ؛ لأنَّ ثمرتها تعود إلى الحق .

وقيل: على عدد الطالبين ؛ لأنَّ التعب واحد .



❖ ص: (يُحَكَّمُ عَلَى الْغَائِبِ فِي الْحَقُوقِ كُلِّهَا ، وَالْوَكَالَاتِ ، وَالْمَقَاسِمَاتِ ،
وَالْمَدَايِنَاتِ ، وَسَائِرِ الْمَعَامَلَاتِ ، وَقَدْ كُرِهَ فِي الرَّبْعِ وَالْعَقَارِ ، إِلَّا أَنْ تَطُولَ غَيْبَتُهُ
وَيُضَرَّ ذَلِكَ بِخَصْمِهِ .

وقال أشهب: يُحَكَّم عليه في الرَّبْع وغيره).

✽ ت: قال أبو حنيفة: يَسْمَعُ الحاكمُ البيِّنةَ ولا يَحْكُمُ عليه.

لنا: قوله ﷺ لهند حين قالت له: إِنَّ أبا سفيان رجلٌ شحيح ، ما يعطيني ما يكفيني وولدي ، أفاخذُ منه ؟ فقال: «خذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف»^(١).

وفعلَ ذلك عمرُ ﷺ ، ولم ينكر عليه أحد.

ولأنَّ ذلك ذريعةٌ لبطلان الحقوق ، فمن أراد ذلك غاب .

ولأنه لا فائدة في سماع البيِّنة إذا لم يُحَكَّم بها.

احتجُّوا: بقول رسول الله ﷺ لعليٍّ: «إذا أتاك الخصمان فلا تقضِ لأحدهما دون أن تسمعَ من الآخر»^(٢).

[جوابه]^(٣): أنه محمولٌ على الحاضرين ؛ لقوله: «إذا أتاك الخصمان».

وهل يباع عليه ربُّعه ؟

لمالكٍ قولان .

والفرق بين الرَّبْع وغيره أنه مأمون ، أو يقال: تأخيرُ بيعه ضررٌ على الخصم بتأخير حقه .

(١) أخرجه من حديث عائشة: البخاري في «صحيحه» رقم (٧١٨٠)، ومسلم في «صحيحه» رقم (٤٤٧٧).

(٢) أخرجه من حديث علي: أحمد في «مسنده» رقم (٦٩٠)، والترمذي في «سننه» رقم (١٣٨٠)، وأبو داود مطولاً في «سننه» رقم (٣٥٨٢).

(٣) في (ق): (فالجواب).



قال بعض أصحابنا: إن قَدِمَ وأُثبت أنه كان قضى الحق الذي عليه رجَعَ
على المقضي له فغرّمه ما أخذ فقط ، ولا ينقُضُ بيع داره التي بيعت عليه ، إلا أن
يجد شيئاً بيد من اشتراه لم يتغيّر ، فله أخذه ودفع ثمنه .



كتاب الوكالة

(الوكالة جائزة في البيع والشراء والخصومة والقضاء والاقتضاء وغيرها).

✽ ت: لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾
[الكهف: ١٩].

وأمر رسول الله ﷺ رجلاً أن يشتري له أضحيةً بدينار، فاشترى له شاتين بدينار، فباع واحدةً بدينار، وأتاه بشاةٍ ودينار، فدعا له رسول الله ﷺ بالبركة^(١).

وأجمعت الأمة على جواز الوصية، والوصي يبيع ويشترى، ويقضي ويقضى، وهي وكالة.

ووكّل عليٌّ رضي الله عنه عقيلاً في الخصومة، وقال: هذا عَقِيلٌ، ما قُضِيَ عليه فعليٌّ، وما قُضِيَ له فلي.



✽ ص: (والوكيل أمينٌ لا يضمن إلا أن يتعدى، ويصدق في رد السلعة أو ثمنها للآمر).

✽ ت: لأنه أقامه مقام نفسه، ورضيه، كالمودع، وإذا وكله في الحكومة فقد رضي إنكاره وإقراره، ويصدق في رد السلعة، كالمودع.

وإذا أبضعت معه سلعةً فقال: رددتها قبل أن أخرج؛ قال مالك: صدق، إلا

(١) أخرجه من حديث عروة البارقي: أحمد في «مسنده» رقم (١٩٣٥٦)، والبخاري في «صحيحه» رقم (٣٦٤٢).

أن يقبضها بيّنة^(١).



❁ ص: (إن باع الوكيل ولم يُشهد على المشتري، وجحدَه؛ فهو ضامنٌ؛ لتعدّيه).

❁ ت: لأنه لما سلّم السلعة ولم يقبض الثمن فقد عرّضها للتلف^(٢). وما الذي يضمن؟^(٣).

قال ابن أبي زيد: القيمة؛ لتعدّيه على السلعة، ولم يتعدّ على الثمن. وقال ابن شبلون: الثمن؛ لتفريطه في [تحصيله]^(٤)، أو لأنّ مَنْ استهلك سلعةً بعد [قيامها على ثمن يضمن]^(٥) ذلك الثمن. وقيل: يضمن الأقلّ منهما.

وكذلك إن وكّله [ليُسلم]^(٦) في طعام، فقال: فعلتُ، وأنكر ذلك المسلم إليه؛ قال أبو بكر بن عبد الرحمن: يضمن رأس المال. وقيل: يضمن الطعام.

قال أبو محمد: هذا كلّهُ فيما جرت العادة بالإشهاد فيه، وإلا لم يضمن.

(١) انظر قول مالك «النوادر» (٢٣٠/٧).

(٢) انظر: «التبصرة» (٤٦٣٤/٨).

(٣) انظر: «النوادر» (٢٣٢/٧)، و«عقد الجواهر» (٦٨٢/٢ و ٦٨٤)، و«الذخيرة» (١٠/٨).

(٤) في (ز): (تخليصه).

(٥) في (ز): (قيامها بثمن ضمن).

(٦) في ز: (في تسليم).

قال أبو محمد: لا يضمن السمسار الطَّوَّافُ في الأسواق إذا قال: بعْتُ الثوب من فلان، وأنكر فلان الشراء؛ لأنَّ عرف الناس عدمُ إسهاد السمسار.

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن اتَّهم استُحْلِفَ.

قال أبو العباس الإبياني: يضمن؛ لعدم الإسهاد.

وفي «المدوَّنة» في القراض قال مالك: إذا دفع العاملُ ثمنَ سلعةٍ بغير بيِّنة، فجحدَه البائعُ وحبَسَ السلعةَ؛ فهو ضامن، وكذلك الوكيل على شراء سلعةٍ بعينها أو بغير عينها، فدفعَ الثمنَ، فجحدَه البائعُ وحبَسَ السلعةَ؛ يضمن، وإن علم رب المال بقبض الثمن بإقراره عنده أو بغير ذلك وجحدَه؛ فله^(١) تغريم العامل؛ لأنه أتلفَ بعدم الإسهاد، إلا أن يدفع الوكيلُ الثمنَ بحضرة ربِّ المال.



❁ ص: (إن وكَّلت زوجها في بيع أو شراء، وقالت: لم يعطني شيئاً؛ حلف وبرئ، وكذلك الموكل في دين)^(٢).

❁ ت: لأنَّ الوكيل أمينٌ يُصدَّق على مَنْ اتَّمنه.

فإن قال: دفعته لغيره لم يصدَّق إلا ببيِّنة؛ لأنَّ غيره لم يأتَمنه، والمال في ذمة الوكيل، لا يبرأ منه إلا ببيِّنة، وكلُّ مَنْ كان في ذمَّته شيءٌ لا يبرأ منه إلا ببيِّنة،

(١) العبارة في (ز): (وفي «المدوَّنة»: إذا وكلَّ على شراء سلعةٍ بعينها في القراض، أو بغير عينها، فدفع الثمن، فجحدَه البائع وحبَسَ السلعةَ؛ ضمَّن، وله)، والعبارة في (ت): (وفي «المدوَّنة»: إذا وكلَّ على شراء سلعةٍ بعينها في القراض، أو بغير عينها، فدفع الثمن، فجحدَه البائع وحبَسَ السلعةَ؛ ضمَّن، وإن غرم ربُّ المال بقبض الثمن بإقراره عنده، أو بغير ذلك وجحدَه؛ فله).

(٢) انظر معناه «النوادر» (٢٢٨/٧).

وكلُّ مَنْ كان في يده مالٌ أمانةً صُدِّقَ في ردِّه لمن ائتمنه .

قال الأبهري: ولا خلاف في هاتين الجملتين^(١).



❁ ص: (إذا وُكِّلَ بقبض ماله فقال: أخذته، ولم يوصله لربه؛ لا يبرأ الذي عليه الحق إلا ببينة، وإلا [غرم]^(٢) الحق، ولا ينفعه إقرار الوكيل).

❁ ت: لأنَّ الغريم مدَّعٍ، وعلى صاحب الحق اليمين، وأمانة الوكيل بينه وبين الموكل لا الغريم.

قال مطرّف: هذا في الوكيل المخصوص، أما المفوض والوصي فيبرأ من دفع إليهما^(٣).

وقال ابن القاسم، وعبد الملك، وابن عبد الحكم في المفوض والمخصوص: يُصدَّقان مع أيمانهما، كالمودع في ردِّ الوديعة^(٤).



❁ ص: (إن باع ووكل في قبض الثمن، فقال الوكيل: قبضته ودفعته لربه، فعلى الغريم البينة بدفعه للوكيل، وليس على الوكيل إلا اليمين في دفعه).

❁ ت: لأنَّ الغريم مدَّعٍ لبراءة ذمِّه، فعليه البينة، وإلا يحلف صاحب الحق أو وكيله؛ لأنَّ البينة على المدعي، واليمين على المنكر، كما جاء في الحديث،

(١) ذكره في «شرح على المختصر الكبير» (٥٨٢/٢).

(٢) المثبت من (ق)، وفي (ز ت): (ويغرم).

(٣) بنصه عنه في «النوادر» (٢٢٩/٧).

(٤) نقل ذلك عنهم ابن أبي زيد في «النوادر» (٢٢٩/٧).

والوكيل مؤتمنٌ اكتُفي بيمينه ، والغريم ليس مؤتمناً .

قال ابن المَوَّاز: ولا ضمان على الوكيل للدافع إليه بترك الإشهاد على الموكل ليبراً للدافع إليه ؛ لأنه لما سلم إليه بغير إشهاد فقد رضي بأمانته في التسليم ، فيصدق مع يمينه ، ويحلف الموكل أن الوكيل لم يدفع إليه شيئاً ، ولا علم أنه قبض ، ويحلف الوكيل أنه سلم إليه ^(١) .



❁ ص: (ولا يخاصم عن الغائب قريته إلا بوكالة [أو أمرٍ يُعرف] ^(٢)) .

❁ ت: أو بأمرٍ حاكم ؛ لأن الأصل عدم الولاية على مال غيره إلا بسبب شرعي .

ولقوله ﷺ: «كلُّ أحدٍ أحقُّ بماله من ولده ووالده والناسِ أجمعين» ^(٣) .



❁ ص: (وإذا اشترى الوكيل بعد موت [الموكل] ^(٤) ولم يعلم بموته ؛ لزِمَ الشراء ورثته ، وإن لم يكن قبض الثمن لزِمَ في تركته ، وإن اشترى بعد علمه لم يلزم الورثة ، وغرمَ الثمن ، وكذلك ما باع بهذا المعنى) .

❁ ت: لأن الأصل بقاء جواز التصرف حتى يعزله هو أو ورثته ، وإنما امتنع بعد علمه بالموت ؛ لأن العزل الذي كان للمورث انتقل إليهم ، والغالبُ عليهم تجديد التصرفات بالعزل وغيره ؛ لأن الإنسان مشغوفٌ بذلك ، بخلاف احتمال

(١) «النوادر» (٢٣٣/٧) .

(٢) في (ز): (أو أمره) .

(٣) أخرجه البيهقي في «سننه الكبرى» رقم (١٤٦٩٨) .

(٤) كذا في (ز ت) ، وفي (ق): (الامر) .

العزل من جهة المورث، فيتوقف حتى يأذنوا، وتصرفه في موضع الغالب فيه العزلُ تعدُّ، فإن جهلَ عذر^(١).

وقال مطرّف: هو باقٍ على وكالته بعد علمه حتى يعزله الورثة^(٢)، كالخليفة يقدم قاضياً، فيموت الخليفة، فالقاضي باقٍ حتى يُعزل.

وقال أصبغ: تنفسخ وكالته بموت الأمر، ولا يجوز اقتضاؤه ولا خصومته^(٣)، كالمرأة تجهل الطلاق أو الموت، عدتها من يوم الطلاق أو الموت.



❁ ص: (إن فوّضَ إليه البيعَ والشراءَ واقتضاءَ الديون، وأشهدَ له بذلك، ثم خلعه وأشهد على خلعه، ولم يعلم بذلك غرماؤه؛ فلا يبرأ غريمٌ بما دفع إليه بعد خلعه، كان ثمنًا لما باعه الوكيلُ أو من غيره، وقيل: إن لم يعلم الوكيلُ والغريمُ بالحجر فالغريم يبرأ، وإن علم أحدهما والآخر عالمٌ أو غير عالمٍ لم يبرأ الغريم).

❁ ت: وجه الأول: أن الأصل عدم سلطان [أحدٍ على مال]^(٤) غيره، فإذا عزل فقد سبب صحة التصرف، فلا يبرأ الغريمُ بدفعه إلى غير وكيل.

والفرق بين الموت والعزل: أن الموت لم يقع فيه عزلٌ ممن ولّاه، بل انعزل شرعاً؛ لانتقال الملك لغيره، فهو من حقوق الله تعالى، كالقبلة إذا جهلها، وعزل الموكل وصفٌ حقيقيٌّ، فلا يضرُّ جهلُ غيره، كالاستحقاق.

(١) انظر: «المعونة» (٢/٢٠٩).

(٢) بنحوه عنه في «النوادر» (٧/١٩٤).

(٣) بنصه عنه في «النوادر» (٧/١٩٤).

(٤) في (ز): (أحدهما على ملك).

وجه البراءة إذا لم يعلم: أنه غير قادرٍ على الامتناع ، فلو لم يبرأ لكان ذلك ضرراً عاماً على الناس ، فإنَّ احتمالَ العزل قائمٌ في كلِّ وقت .

فإن عَلِمَ الغريمُ فقد فرطَ ، أو الوكيلُ فقد تعدَّى ، فيرجع الدافعُ على الوكيل القابض .

قال ابن المَوَّاز: لو عَلِمَ الوكيلُ ولم يعلم مَنْ دَفَعَ إليه ؛ برئ الدافعُ إذا كانت البيئة على الوكالة ؛ لأنه مجبورٌ على الدفع ، ولا يبرأ الوكيل إن تَلَفَ ما قَبِضَ ؛ لعلمه بعزله^(١) .



❁ ص: (وإذا حطَّ الوكيلُ المفوضُ إليه أو آخر - نظراً أو استئلاًفاً - جاز ؛ لأنه العادة ، بخلاف الوكيل المخصوص) .

لأنه وُكِّلَ على شيءٍ بعينه ، فإسقاطه وتأخيرُه خارجٌ عن محمل الإذن ، فيبطل ، والمفوضُ إليه تصرُّفه عامٌ ، فيتناول الأمور العادية [كالموكل]^(٢) ؛ لأنه أقامه مقام نفسه .



❁ ص: (وإذا باع الأمرُ وباع الوكيل ؛ فأوَّل البيعتين أحقُّ ؛ لأنَّ الثاني لم يصادف محلاً ، إلا أن يقبضَ الثاني السلعة فهو أحقُّ ، كإكناح الوليين) .

❁ ت: قال ابن عبد الحكم: الأول أولى وإن قبض الثاني ؛ لأنَّ الثاني لم يصادف محلاً ؛ لانتقال الملك للأول إجماعاً .

(١) ينصه عنه في «النوادر» (١٩٣/٧) .

(٢) في (ز): (على الموكل) .

ولاحظَ المشهورُ: أنَّ كليهما كان مأذونًا له في التصرف، وترجَّحَ الثاني بالقبض، فترجَّحَ جانبُه.



❁ ص: ([إذا باع بالدين، أو أخذ رهناً؛ فقد تعدَّى] ^(١)، وكذلك المقارض).

❁ ت: لأنَّ الإطلاق يقتضي الحلول، كما لو قال: بعثك بمئة، فإنها تكون حالة، فقد تعدَّى بتصرفٍ لم يتناوله العقد.

قال ابن المَوَاز: إذا لم يُسمَّ له ثمنًا، والسلعة قائمة؛ فللامر الرضا بالمؤجل ^(٢)، كبيع الفضولي، وإن فات؛ لم يجز.

قال ابن يونس: هذا إذا كانت القيمة أقل مما باع؛ لأنه وجبت له القيمة دينًا، ففسخه في دينٍ أكثر منه لا يجوز.

قال ابن القاسم: إن قال: بعها بعشرة نقدًا، فباعها بخمسة عشر إلى أجل؛ بيع الدين بعرضٍ نقدًا، ثم بيع العرض بعينٍ نقدًا.

فإن نقص عن عشرة؛ غرم تمامها، أو زاد؛ فهو للامر ^(٣).

فإن قال الوكيل: أعطيك عشرة نقدًا، وأنتظرُ بالخمسة عشر حلولها، فأقتضي منها عشرة، وأدفعُ اليك الخمسة الباقية؛ فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت بيعت بعشرة فأقل؛ جاز ذلك إن عجلَ العشرة، أو تُباع باثني عشر لم يجز؛ لأنه فسحُ دينارين في خمسة إلى أجل؛ لأنَّ الاثني عشر عن الخمسة عشر وجبت

(١) كذا في (ز ت)، وفي (ق): (إذا باع بالدين فقد تعدَّى، وكذلك لو أخذ بالثمن رهناً).

(٢) «النوادر» (٢٠٧/٧).

(٣) بتمامه في «النوادر» (٢٠٧/٧).

له الآن ، فقبَضَ منها عشرةً ، وفسَخَ الاثنين في خمسةٍ مؤجلةٍ .

قال مالكٌ في «المدونة»: إن أخذَ رهناً خيَّرَ في قبوله وضمائنه منك ، أو ترُدُّه ويبقى البيعُ على حاله .

فإن تلفَ قبل علمه فضمائنه من الوكيل ، وإن كان قد زاد توثقَةً ؛ لأنه يلزم زيادةُ الغرامة على تقدير الضياع ، هذا تعليلُ بعضِ الأصحاب ، ومقتضاه: أن لا مقال إذا كان مما لا يُغاب عليه .



❁ ص: (إذا باع بالعَرَض ما يُباع بالعين فهو متَعَدٌّ).

❁ ت: لأنَّ الإِطلاق يقتضي الثمنَ المعتاد ، وهو النقدان ، فإذا باع بغيرهما فقد تصرَّف تصرُّفاً لم يتناوله الإِذن ، فيكون متَعَدِّياً .

قال المازري: إن كان بموضعٍ لا يختصُّ بشيءٍ جاز البيعُ بكلِّ ما يُباع به .
[جوابٌ] ^(١) الكتاب مبنيٌّ على أنَّ الثمنَ النقدان في عاداتهم ولم يعيَّن ثمنًا .
فإن لم تُفْتِ السلعةُ خَيْرَ الموكَّل بين الإِجازة وأخذِ العَرَضِ ، أو نقضه ، ولا يضمن البائع ؛ لأنَّ السلعة لم تُفْتِ ، والمتعدي لا يضمن إلا بالفوات في عينه أو سُوقه .

هذا إذا ثبت التعدي .

فإن لم يُصدَّق المشتري الوكيل ، ولم يثبت التعدي إلا بقوله ، وقد قبض السلعة وبأن بها ؛ لا تنزع منه إلا بيئته أو يمين ربِّها ؛ لأنه قد يكون أمره بذلك وندم .

(١) في (ز): (وجواز) ، ولعلها تصحيف .

فإن نكَلَ ؛ لم يكن له نقضُ البيع .

فإن فاتت ؛ خيّر الأمرُ في أخذ قيمة سلعتِهِ ، أو ما باعها به .



❖ ص: (إن باع أو ابتاع بما لا يُشبه من الثمن ، أو بما لا يتغابن الناسُ بمثله ؛ لم يلزم الموكلُ) .

❖ ت: لأنَّ المحاباة في معنى الهبة ؛ لا اعتبارها من ثلث المريض ، والهبة تعدُّ .

قال ابن القاسم: يُردُّ إن لم يفت .

فإن فات ؛ لزم الوكيلُ القيمة .

وما يتغابن الناس فيه فيجوز ؛ لأنه العادة ، فلا تعدِّي حينئذٍ .



❖ ص: (إذا وكله في شراء جارية أو ثوب ، ولم يصفه ؛ فاشترى ما يُشبهه الأمرُ لزمه ، وإلا لم يلزمه إلا أن يشاء ، ويلزم ذلك الوكيلُ) .

لأنَّ حال كلِّ أحدٍ يقتضي ما يناسبه من الخدمة أو الوطاء أو غير ذلك ، فهو كالعادة والشرط ، فغيرُ ذلك هو معزولٌ عنه ، فلا يلزم الأمرُ ، ويلزم الوكيلُ لتعدّيه^(١) .

(وإن وكله على شرائها بعشرة فاشترىها بخمسة على الصفة لزمّت) .

لأنه زاد معروفاً^(٢) ، ولما في الترمذي: أن عروة البارقي رضي الله عنه دفع له رسولُ

(١) انظر: «المعونة» (٢٠٩/٢) .

(٢) انظر: «عقد الجواهر» (٦٨٥/٢) .

الله ﷻ ديناراً لِيَشْتَرِيَ له به شاةً ، فاشترى شاتين بدينار ، وباع شاةً بدينار ، وأتاه بشاةٍ ودينار ، فدعا له بالبركة في صفقة يمينه^(١) .

(فإن ابتاعها بعشرين خَيْرٌ في أخذها بعشرين وردّها) .

لأنه معزولٌ عن الزيادة ؛ لأنه حدّد له حدّاً ، وله أن يجيز ، ك شراء الفضولي .

✽ ت : أما الزيادة اليسيرة كالدينارين والثلاثة في المئة ، أو الدينار والدينارين في الأربعين ؛ فإنها تَلْزَمُ الأمر ؛ لأنه يُتَغَابَنُ بمثله [عادةً]^(٢) ، فدخَلَ في الإذن .

وهل له إذا وكلّه على البيع وحدّد له الثمن أن يبيع بأنقص ، كالشراء ؟

قال اللخمي : ليس له ذلك ؛ لأنّ القصد في البيع طلبُ الزائد .

وقيل : الكلُّ سواءٌ في اغتفار اليسير^(٣) .



✽ ص : (إن وكلّه في شراء شيءٍ بعينه ، ولم يدفع له ثمنًا ، فاشترى ما أمره به ، ولم ينقده الثمن ، ثم أخذ منه الثمن لينقده ، فضاع منه ؛ فعليه غُرْمُهُ ثانيةً وثالثةً وكذلك أبدًا ، حتى يصلَ إلى البائع ، ولو دفع له الثمن قبل الشراء فضاع بعد الشراء ؛ لم يلزمه غُرْمه ، ويلزم الوكيل الثمن والسلعة له) .

✽ ت : لأنّ في الصورة الأولى وكلّه على الشراء على ذمّته ، فعليه إبراءؤها ، وفي الثانية وكلّه على شيءٍ بعينه لا في ذمّته ، فلم يلزمه غيره .

(١) أخرجه من حديث عروة البارقي : الترمذي في «سننه» رقم (١٣٠٣) ، وسبقت روايته في «البخاري» رقم (٣٦٤٢) .

(٢) في (ق) : (غيره) .

(٣) انظر : «التبصرة» (٤٦٣٩/٨) .

فإن أراد دفع الثمن فله أخذ السلعة ؛ لأنه اشتراها له ، كعامل القراض يشتري فيجد الثمن ذهب ، يُخَيَّرُ رَبُّ المال في دفعه ويبقى على قراضه ، أو يأبى فيلزم العامل .

قال ابن المَوَّاز: إن نَقَدَ مِنْ عنده ، فلما أخذ الثمن من الأَمِرِ تَلَفَ عنده ؛ فلا شيء على الأَمِرِ ؛ لأنَّ المأمور إنما أسلفه من عنده ، وقد استوفى سَلَفَهُ ، ولو تسلفه له من غيره بأمره فالأَمِرُ ضامنٌ أبداً حتى يستوفي البائع .
قال أبو محمد: يريد: في ثمن ما تسلفه له قبل قبض البائع .

ولو قبضه البائع ثم طلب به المأمور الأَمِرَ ، فأخذه منه ، فتَلَفَ قبل أن يصل إلى مَنْ أسلفه ؛ غَرِمَهُ الأَمِرُ حتى يصل إلى المسلف^(١) .



❖ ص: (يجوز توكيل العبد المحجور عليه والمأذون) .

❖ ت: لأنَّ العبد مُنْعٍ من التصرف لحق سيده ، فإذا أُذِنَ له إذناً عاماً أو خاصاً صحَّ .

قال اللخمي: إذا كان العبد محجوراً عليه فليسیده إجازة ذلك .

قال سند: هذا فاسد ؛ لأنَّ سلطانه على ما عقده العبد لنفسه بالإمضاء والفسخ ، أما تصرف مَنْ ليس تحت ولايته فلا تصرف له فيه بعد وقوعه ، كما لو وكله على طلاق امرأته فطلَّقَهَا ، أو عَتَقَ فَأَعْتَقَ ، فهو نافذ .



(١) بتمامه في «النوادر» (٢٢١/٧) .



❁ ص: (يُكْرَهُ أَنْ يُوَكَّلَ نَصْرَانِيًّا عَلَى بَيْعٍ أَوْ ابْتِيعٍ، أَوْ يُبْضَعَ مَعَهُ، وَلَوْ كَانَ عَبْدًا لَهُ).

لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١].

❁ ت: إن وقعت الوكالة؛ رُدَّتْ، فإن لم يعلم بها حتى باع أو ابتاع نظر: فإن وافق الشرع مضى؛ لأنَّ الوكالة لا تُشترط فيها العدالة ولا الديانة، كالأجير، وإنما المنع من باب سد الذرائع، وتمتنع وكالته على الاقتضاء لمعنى آخر، وهو التسلُّط على المسلمين.



باب في الإباق

(مَنْ وَجَدَ أَبَقًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا أَنْفَقَ .

فَإِنْ خَافَ عِظَمَ النِّفْقَةِ فَأَرْسَلَهُ ؛ ضَمِنَهُ) .

لتعديده بإرساله .

(وَإِنْ أَبَقَ مِنْهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) .

لعدم التفريط .

✽ ت: على صاحب الآبِقِ نفقته^(١)؛ لأنه لا يجوز له أن يضيع ماله، فَمَنْ قام عنه بحفظه رجع عليه .

وإن كان ممن ليس [شأنه]^(٢) أخذ الجعل؛ فلا جعل له، وإلا فله؛ لأنه فعل فعلاً يحفظ به مال غيره، ورثه يجب عليه ذلك، وإن لم يفعل عدّ سفيهاً وحُجِرَ عليه، وقد «نهى ﷺ عن إضاعة المال»^(٣) .

ويضمن بإرساله، كما لو أخذ لُقْطَةً فردّها .

فإن أَبَقَ مِنْهُ بغير تفريطٍ لم يضمن، كما لو مات، ويحلف: لقد أَبَقَ من غير تفريط .

(١) انظر «الجامع» (٢١٢/١٨) .

(٢) في (ز): (عادته) .

(٣) أخرجه من حديث المغيرة بن شعبة: البخاري في «صحيحه» رقم (١٤٧٧)، ومسلم في «صحيحه» رقم (٤٤٨٥) .

وقال ابن نافع: إن كان من أهل التَّهْم كُشِفَ أمرُه ، فإن ظهر أنه فرَّط ؛ ضَمِنَ ، وإلا فلا ضمان ، جُعِلَ له جُعِلَ أم لا^(١) .



❁ ص: (إن جَعَلَ في آبقٍ ديناراً لمن جاء به ، ثم بدا له ؛ فليس له الرجوع) .

❁ ت: قال الأبهري: هذا إذا كان المجعول له قد خرج في [طلب العبد]^(٢) ، وإلا فله الرجوع^(٣) ؛ لأنَّ الجعالة عقدٌ جائز .



❁ ص: (يُحْبَسُ الآبقُ ، فإن لم يأت له طالبٌ بِعٍ إذا خِيفَ أن يموت ضياعاً ، وقيل: إنَّ الإمام يخلِّي سبيلَه ، ولا يتركه يموت) .

❁ ت: قال مالك: يحبسه سنَّةٌ ثم يباع^(٤) .

قال ابن القاسم وهو السنَّة ، إلا أن يخاف عليه الضياع فيُباع^(٥) .

قال بعض أصحابنا: مرادُ مالكٍ: يُحْبَسُ سنَّةٌ إذا كانت له صنعةٌ تقوم بنفقته ، أو إمامٌ عدلٌ ينفقُ عليه من بيت المال ، وإلا بيعَ قبل السنَّة^(٦) .

قال مالك: إذا أنفق عليه الإمامُ وباعه أخذَ من ثمنه النفقةَ وحَبَسَ الباقي لربِّه ، ولا يُطْلَقُه بعد السنَّة ؛ لئلاَّ يَأْبُقَ ثانيةً ، بخلاف ضوَالِّ الإبل^(٧) .

(١) قول ابن نافع في «النوادر» (٤٨٥/١٠) .

(٢) في (ز): (طلبه) ، والمثبت موافق لعبارة «شرح المختصر الكبير» (٤٣٠/٢) .

(٣) «شرح المختصر الكبير» (٤٣٠/٢) .

(٤) «المدونة» (٤٠٦/١٠) ، و«مختصر المدونة» (٣٧٨/٣) ، و«الجامع» (٢١٢/١٨) .

(٥) ينصه عنه في «النوادر» (٤٨٤/١٠) ، وانظر: «المدونة» (٤١٣/١٠) .

(٦) انظره «النوادر» (٤٨٤/١٠) .

(٧) «المدونة» (٤١٣/١٠) ، و«اختصار المدونة» (٣٧٨/٣) .

قال سَحْنُون: لا أرى أن يوقَف سنَّةٌ ، بل ما يتبيَّن أمرُهُ فيه ، ثم يباع وتُكتَبُ صفَتُهُ ، حتى يأتي طَالِبُهُ^(١) .

قال ابن يونس: هو الصواب ؛ لأنَّ نفقة السنة ربما أذهبت ثمنه^(٢) .
ووجهُ القول الثاني أنه لا يحبسهُ: أنَّ حبسه يحُول بينه وبين سيده فلا يجده .



❖ ص: (إن جَعَلَ في آبقٍ جُعلاً إن وجدَه ، فإن لم يجده فله طعامُه وشرابُه وكسوتُه ؛ امتنع) .

لأنَّ أحدَ الأمرين مجهول ، لا يدري أيُّهما يحصل له ، فهو غرر ، ولا يجوز أن يكون الجُعْلُ غرراً ، ولأنَّ الطعام لا يستحقُّه إن لم يأت به ؛ لأنَّ الآبق لا يؤخَذ بسببه شيءٌ قبل الإتيان به ، فجَعَلُهُ له حينئذٍ لا يصح .

(ومن جاء بآبقٍ وكان ممن يخرج [الطلب]^(٣) الأباق ؛ فله الجُعْل في ذلك على وجه الاجتهاد) .

لأنه ظاهر حاله^(٤) .

(ولا فله نفقته)^(٥) .

❖ ت: لأنَّ الأول فَعَلَ ما على سيده ؛ لأنَّ عليه حفظُ ماله ، ومن قام عن

(١) نقله عنه ابن أبي زيد في «النوادر» (٤٨٤/١٠) ، وابن يونس في «الجامع» (٢١٢/١٨) .

(٢) بنصه عنه في «الجامع» (٢١٢/١٨) .

(٣) في (ز): (في طلب) .

(٤) انظر: «المدونة» (٤١٣/١٠) ، و«اختصار المدونة» (٣٨٠/٣) ، و«الجامع» (٢١٣/١٨) .

(٥) انظر كلام مالك «المدونة» (٤١٣/١٠) .



غيره بما [شأنه] ^(١) أن يفعله بمالٍ ؛ رجع عليه بذلك المال .

والثاني دعواه القصد للجعل يُبطلها ظاهر حاله ، فيعد نادماً ، فلا يستحق شيئاً .

قال اللخمي: إن كان خروجه لأجل العبد ، وصاحبه شأنه أن لا يطلبه بنفسه ، بل لا بد من جعل عليه الأقل من جعل هذا أو جعل من كان يخرج لطلبه ^(٢) .

قال ابن القاسم: من جعل في آبقه ديناراً ، فجاء به من لم يسمع بالجعل ، وهو ممن يأتي بالآبق ؛ فله جعل مثله ، وإلا فنفته ، وإن سمع بالجعل فأتى به ؛ فهو له ، كان ممن يأتي بهم أم لا ؛ لدخوله على ذلك ^(٣) .



❖ ص: (قال مالك: حد حبس الآبق سنة) .

قياساً على حفظ اللقطة .

❖ ت: وليس له التصديق بثمنه أو إنفاقه ، بخلاف اللقطة ؛ لأن موضع اللقطة معروف ، فإذا لم يأتها صاحبها في السنة جاز التصرف ، وموضع الآبق مجهول ، فلا يدل على الإياس من ربه .



❖ ص: (إن وجد آبقاً ، فإن كان لمن يعرفه فليأخذه ، أو لمن لا يعرفه فلا يأخذه) .

(١) في (ت): (يشبه) .

(٢) انظر: «التبصرة» (١٠/٥٠١٤) .

(٣) نقله عن ابن القاسم اللخمي في «التبصرة» (٩/٥٠١٣) .

✽ ت: لأنَّ الأول لا ضرر عليه في إيصاله لرَبِّه .

قال ابن القاسم: فإن لم يأخذه فهو في سَعَةٍ^(١) .

وقال أشهب: إن كان مكانُ سيده بعيداً ؛ فتركه أحسن ، أو قريباً ؛ فأخذه أحسن^(٢) .

وَمَنْ لا يعرف سيِّده يُضَرُّ بالعبد بالحبس ، وبسيِّده بتعذُّرِ وجدانه بالحبس ، وقد يجده مَنْ يعرف سيده ، وليس كذلك اللَّقْطَةُ ؛ لأنها لا تتحوَّل من موضعها ، فيُخاف عليها الهلاك .

وقال مالك: لا بأس بأخذه وإن لم يعرف سيِّده ؛ لأنه حفظٌ من حيث الجملة ، كاللَّقْطَةِ .



✽ ص: (إن جَعَلَ فيه جُعْلاً ، فطلب نفقة ؛ فلا شيء له إلا الجُعْل) .

لأنه دخل عليه ، وأخذه للنفقة [مما]^(٣) يلزمه .

(ولو خَلَّى سبيله بعد أن أخذه ، لخوفه أن يقتله أو يضربَه ؛ فلا شيء عليه ، أو لشِدَّةِ النفقة ؛ فهو ضامن) .

✽ ت: وله النفقة دون الجُعْل إذا كان مثله ليس يطلب الآبق ؛ لحاجةِ الآبقِ للنفقة .

(١) بنصه عن ابن القاسم في «اختصار المدونة» (٣/٣٧٨) .

(٢) «النوادر» (١٠/٤٨٦) .

(٣) في (ز): (ومما)، وفي (ق ت): (وما)، وأثبت ما في (ز) بدون واو، والظاهر من السياق أن الواو لا وجه لها .



وَضَمِنَ إِذَا أَرْسَلَهُ خَوْفَ النِّفْقَةِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمْكِنُهُ رَفْعُهُ لِلْإِمَامِ فَيُنْفِقُ عَلَيْهِ ،
وَلَا يُمْكِنُهُ رَفْعُهُ إِلَيْهِ مَعَ خَوْفِهِ عَلَى نَفْسِهِ .

قَالَ أَشْهَبُ : إِنْ أَرْسَلَهُ فِي حَاجَةٍ فَأَبَقَ ، وَهِيَ يُؤَبَّقُ فِي مِثْلِهَا ؛ ضَمِنَ لَتَفْرِيطِهِ ،
وَالْخَفِيفَةُ فَلَا^(١) .



❁ ص : (قَالَ مَالِكُ : إِنْ أَتَاكَ بِأَبِيقِكَ وَقَدْ قَطَعَهُ السُّلْطَانُ فِي سَرَقَةٍ ، فَإِنْ كُنْتَ
جَعَلْتَ جُعْلًا لِرِمِّكَ ، وَإِلَّا خُيِّرْتَ فِي أَخْذِهِ وَدَفْعِ جُعْلِهِ ، وَتَرْكِهِ وَلَا شَيْءَ
عَلَيْكَ)^(٢) .

لَأَنَّكَ لَمْ تَجْعَلْ فِيهِ جُعْلًا فَيَلْزِمُكَ ، وَإِنَّمَا هُوَ اخْتَارَ ذَلِكَ .

❁ ت : كَالْعَبْدِ إِذَا جَنَى ، إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَسْلَمَهُ أَوْ تَرَكَهُ بِأَرْشِ الْجَنَايَةِ ،
وَكَذَلِكَ جُعْلُ الْعَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ إِذَا لَمْ يَأْمُرْهُ سَيِّدُهُ .

فَإِنْ أَرَادَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ أَنْ يَفْتَكَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ .

قَالَ أَشْهَبُ : لَوْلَا فُسَادُ النَّاسِ ، وَأَنْ يَأْخُذَ الْآبِقَ مَنْ وَجَدَهُ ، وَلَا يَأْتِي بِهِ إِذَا
لَمْ يَجْعَلْ لَهُ جُعْلًا ؛ لَمْ أَجْعَلْ لَهُ جُعْلًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهُ قَدْ جَعَلَهُ .



(١) «النوادر» (٤٨٥/١٠) ، «الجامع» (٢١٤/١٨) .

(٢) انظر : «النوادر» (٢٢/٧) .

كتاب التفليس

(وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَى أَجَلٍ ، فَمَاتَ أَوْ فُلِسَ ؛ فَقَدْ حَلَّ دَيْنُهُ) .

✽ ت: لأنه قد خربت ذمته ؛ لقوله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١١] ، والوصية تُعَجَّل ، والدين مقدَّم عليها فيُعَجَّل ، ولا خلاف فيه .

وأما في الفلَس فلا نَّ صاحب الدين إنما رضيَ بدمّة سليمة ، فإذا خربت وجبَ تعجيلُ الحق ، فيشارك الغرماء .

وقد خلع رسولُ الله ﷺ معاذًا من ماله وقسمه بين غرمائه (١) .



✽ ص: (إذا أفلس المشتري قبل قبضِ البائع الثمن ، ووجد سِلْعته عنده ؛ فله أخذها بالثمن الذي باعها به ، أو يتركها ويحاصُّ الغرماء بثلثها ، وإن وجدها ناقصةً في سوقها أو بدنها لم يُحِطَّ عنه شيءٌ لنقصها إن أخذها ، أو زائدةً في سوقها فله أخذها ، إلا أن يضمن له الغرماء ثمنها) .

✽ ت: لِمَا في «الموطأ»: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا ، فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ ، وَلَمْ يَقْبِضْ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا ، فَوَجَدَهُ بَعِينَهُ ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ مَاتَ الْمَشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسْوَأُ الْغَرَمَاءِ» (٢) .

وفي مسلم: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بَعِينَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ؛

(١) أخرجه من حديث جابر: ابن ماجه في «سننه» رقم (٢٣٥٧) ، والبيهقي في «سننه الكبرى» (٥/٦) ، والحاكم في «المستدرک» (٣/٣٠٧) .

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» رقم (١٤٢٧) ، وأبو داود في «سننه» رقم (٣٥٢٠) .

فهو أحقُّ به من غيره»^(١).

ولأنه أقوى سبباً من الغرماء ؛ لوجود عين ماله ، كالمرتهن أولى بالرهن من سائر الغرماء ؛ لقوة سببه .

قال ابن القاسم في «العتبية» إن أفلس المشتري بعد بيعه السلعة ومحاصّة البائع ، ثم رُدَّتْ بعيبٍ ؛ فللبائع ردُّ ما أخذه ويأخذ سلعته^(٢) .
ويصحُّ أن يقال: لا يرد ؛ لأنه حكمٌ مضى .

وإذا كان نقصها بغير صنع آدمي - مثل العور والعمى - لا بتلف بعضها ؛ خيّر - كما تقدّم - لأنَّ رسول الله ﷺ لما خيّر له لم يعتدَّ بحالة الكمال ، ولا ضرر عليه ؛ لأنَّ له تركها وأخذ الثمن ، كالغاصب إذا وجد المغصوب منه ناقصاً يخيّر بين الأخذ والتضمين .

وإن كان النقص من آدميٍّ ، وأخذ المشتري له أرشاً ، وزال ذلك العيب ؛ أخذها البائع ولا أرش له .

فإن كان النقص من المشتري - كالثوب يلبسه حتى ينقص - قال مالك في «الواضحة»: هو بالخيار^(٣) - كما تقدّم - من غير أرش .

قال عبد الملك: إلا أن يكون أُخْلِقَ جدّاً ، فلا يكون له أخذه^(٤) .

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة: البخاري في «صحيحه» رقم (٢٤٠٢) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٣٩٨٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤٣٩/١٠ - ٤٤٠) .

(٣) «النوادر» (٦٠/١٠) ، و«التبصرة» (٣١٧٥/٦) .

(٤) بنصه عنه في «النوادر» (٦٠/١٠) ، و«التبصرة» (٣١٧٥/٦) .

قال اللخمي: القياس أنَّ [يُفْضَ] ^(١) الثمن على الذاهب والباقي، ويُسْقَطُ من الثمن ما يقابل الموجود، ويحاصِصُ بالباقي ^(٢).

وإن زادت ودفعَ الغرماءُ الثمنَ زال حقُّ الفسخ؛ لأنه إنما ثبت لتعذر الثمن، ولأنَّ الأجنبيَّ لو قضاه الدَّينَ برئ المشتري، فالغرماءُ أولى لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِمَالِ غَرِيمِهِمْ.

والثمن الذي يدفعه الغرماءُ:

قال ابن القاسم: هو من مال الغريم، شاء ذلك أو أبى.
وقال أشهب: ليس لهم أن يفتدوها إلا أن يحطُّوا عن ذمَّة الغريم من دينهم حَطيطةً تنفعه، أو تكون السلعةُ لهم نماؤها، وعليهم نقصانها ^(٣).
قال ابن حارث: وكلام أشهب يدلُّ على أنهم لا يفتدونها إلا من أموالهم.
وإذا قلنا: من ماله أو من مالهم؛ فممن تكون مصيبتها إذا تلفت أو نقصت أو زادت؟

قال ابن القاسم: للمفلس نماؤها، وعليه نقصانها ^(٤).
ومذهبُ أشهب يقتضي أنَّ مصيبتها من الغرماء؛ لأنهم إنما افتدوها لأنفسهم.



(١) كذا في (ق) وهو الموافق للفظ «التبصرة» (٣١٧٥/٦)، ويقابله في (ز): (يقضي)، وفي (ت) محو.

(٢) «التبصرة» (٣١٧٥/٦).

(٣) «النوادر» (٥٤/١٠).

(٤) بنحوه في «النوادر» (٥٤/١٠).



❁ ص: (لو اقتضى بعض ثمنها ، ثم أراد أخذها ؛ ردَّ ما اقتضاه من ثمنها وأخذها).

لأنَّ الحديث [خيرَه مطلقاً] ^(١).

وليس له أخذ بعضها بما بقي من ثمنها ، كما لا يأخذ السلعة كلها وثمنها ، فلا يأخذ بعضها وبعض الثمن .

وفي بعض طرق «الموطأ»: «وإن قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء» ^(٢) ، ورواه [الزُّهري] ^(٣) كذلك .

ولو باع المشتري بعضها وبقيَ عنده بعضها ؛ فله أخذ ما وجده منها بحسابه من ثمنها ؛ لأنَّ ما بقي عينُ مالِه ، قياساً علىَّ كلها .

(وإن باع عبيدين بعشرين ديناراً ، فاقتضى عشرةً ، وباع المشتري أحدهما ، ثم أفلس ؛ فللبائع ردُّ خمسةٍ من العشرة التي [اقتضاها] ^(٤) وأخذ العبد الباقي).

❁ ت: لأنَّ العشرة التي قبضها بعضُ ثمن الرأسين ، فيردُّ ما ينوب الباقي ؛ لئلاً يأخذ السلعة وثمنها .

وهذا إن تماثلا في القيم ، فإن اختلفا فضَّت العشرة على القيمتين ، ويردُّ ما ينوب الباقي منهما .

(١) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (خبرُه مطلقٌ) .

(٢) أخرجه بهذا اللفظ: أبو داود في «سننه» رقم (٣٥٢١) .

(٣) في (ز): (الترمذي) ، وفي (ق ت): (الزبيدي) ، والتصويب من سنن أبي داود (٣٥٢٢) ، وكذا هو في التذكرة (١١/٩) .

(٤) كذا في (ز) ، وفي (ق ت): (قبضها) .

وقال أصبغ: إذا وجد البائع بعض السلعة فللغرماء دفع حصة ذلك من الثمن، وهم أولى منه ومن بقية الغرماء ممن لم يدفع فيه شيئاً بمقدار ما دفعوا في ثمنها إذا بيعت.

فإن كان فيها فضل دخلوا فيه هم وبائعها بما بقي له من ثمن بقية السلع وسائر الغرماء أجمعون^(١).

فإن باع جارية بمئة، واقتضى خمسين، وولدت عند المشتري وماتت، فأراد أخذ ولدها؛ ردّ الخمسين؛ لأنّ ولدها قائم مقامها، بخلاف العبدین يُباع أحدهما فليس له أخذ شيء من الثمن إذا أخذ الأم.



❖ ص: (لو باعه أمّة فولدت عنده، وماتت الأم وبقي الولد؛ كان له أخذه بالثمن كلّ، ولو مات الولد وبقيت الأم أخذها بالثمن كلّ، ولم يوضع عنه لموت الولد شيء، ولو باعهما جميعاً فله أخذ الباقي بحسابه).

لأنه جزء المبيع.

❖ ت: يأخذها بولدها لأنّ الولادة ليست بفوت، ولا الولد غلة تكون للمشتري؛ لأنّ ولد أمّ الولد حكمه حكم أمّه: لا يباع كامه، ويعتق بعقها، ولا يبيعه السيد، وله أخذ خراجها، فدلّ على أنّ الولد ليس خراجاً، إذ لو كان خراجاً جاز له أخذه وبيعه، وكذلك ولد المكاتب والمديرة، فلا يكون الولد خراجاً.

وموته كنقص عضو من أعضائها لا يُطِلُّ الخيرة للبائع.

(١) «النوادر» (٥٧/١٠)، و«اختصار المدونة» (٣١٢/٣).

وإن ماتت الأم وبقي الولد؛ فإما أخذه بجميع الثمن، أو تركه وضرب مع الغرماء بالثمن، إلا أن يعطوه جميع الثمن ويأخذوا الولد، فذلك لهم، كما لو نقصت الأم في بدنها؛ لأن المشتري لم يأخذ عوضاً عنها إذا ماتت، بخلاف بيعها؛ لأنه أخذ عوضها.

ويقوم الولد على هيئته الآن أن لو كان يوم العقد.

فإن باع الولد وبقيت الأم؛ قال مالك في «الموازية»: يأخذها بجميع الثمن، أو يتركها ويحاص، والولد غلة^(١).

قال اللخمي: لم يرد مالك غلة على [بابها]^(٢)، وإلا لم يردّه إذا كان قائماً، وإنما ذلك كالشجرة إذا عادت لهيئتها لم يردّ الأرش، وإن كان عن بعض المبيع^(٣).

قال ابن الجلاب: له أخذ الباقي [منها]^(٤) بحسابه من الثمن.



❁ ص: (إذا ابتاع دنانير، فخلطها في كيسه قبل أن ينقده ثمنها؛ فهو أحق بمقدارها من سائر الغرماء، وكذلك أحق بمكيلة الزيت إذا خلطه المشتري قبل نقد الثمن).

لأن عين ماله موجود العين، [وإنما التبس على الحس]^(٥)، وليس خلط

(١) «النوادر» (٦٥/١٠).

(٢) كذا في (ق)، وفي (ز): (بائعها)، وخرم موضعها في (ت)، ولفظ «التبصرة» (٣١٧٦/٦): (غلة في الحقيقة)، و«التذكرة» (١٧/٩): (غلة حقيقة).

(٣) «التبصرة» (٣١٧٦/٦).

(٤) في (ق): (منهما).

(٥) قوله: (وإنما التبس على الحس) من (ت)، وليس في (ق ز).

المبتاع يمنع البائع من أخذه^(١).

✽ ت: قال أشهب: أما العَرَض فهو أَحَقُّ به ، وهو في العين أُسْوَةُ الغرماء^(٢).
قال أصبغ: إِلَّا أَنْ يَخْلُطَهُ بِغَيْرِ نَوْعِهِ ، مِثْلَ زَيْتٍ فُجِّلَ بِزَيْتِ زَيْتُونٍ ، فَيَفُوتُ^(٣).



✽ ص: (إذا مات المبتاع فوجد البائع سلعته عنده ، ولا وفاء في ماله ؛ فهو أُسْوَةُ غرمائه ، ولا سبيل له إلى السلعة).

✽ ت: لقوله ﷺ: «وهو في الموت أُسْوَةُ الغرماء»^(٤) ، فَرَّقَ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ ذِمَّةٌ يَرْجِعُ إِلَيْهَا الْغَرَمَاءُ إِذَا اخْتَصَّ هُوَ .
وصاحبُ الرهن أَحَقُّ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ .

والفرقُ: أَنَّ الْمُرْتَهَنَ قَبْضَ الْعَيْنِ الْمُرْتَهَنَةَ وَحَازَهَا ، فَقَوِيَ حَقُّهُ ، وَالْبَائِعَ لَمْ يَقْبِضْ السَّلْعَةَ فَضَعُفَ حَقُّهُ ، وَمَا يُرَوَّى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ فَوَجَدَ رَجُلًا مَتَاعَهُ بَعِينَهُ ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^(٥) حَدِيثٌ ضَعِيفٌ .



✽ ص: (وإذا حكم للبائع بسلعته ، فلم يقبضها حتى مات مبتاعها ؛ فله أخذها بعد موته).

(١) قوله: (وليس خلطُ المبتاع يمنع البائع من أخذه) ليس في (ت).

(٢) «المدونة» (١٦٦/٩).

(٣) «النوادر» (٥٧/١٠).

(٤) تقدم تخريجه ، انظر: (٨٣/٦).

(٥) أخرجه من حديث أبي هريرة: أبو داود في «سننه» رقم (٣٥٢٣) ، وابن ماجه في «سننه» رقم (٢٣٦٠).



كالشُّفعة إذا حكم بها ، فمات المشتري قبل أخذها ، فإنه يأخذها بعد موته ؛ لأنَّ الأصل نفوذ المحكوم به .

(وإذا جمع الحاكم مَالَ المفلس لبيعه ، فتَلَفَ ؛ فضمَّانهُ من المفلس ، والدَّين ثابتٌ في ذمَّته .

فإن تَلَفَ الثمن بعد البيع وقبل قبضِ الغرماء ؛ فعليهم ضمَّانهُ ، وبرئَ المفلس منه .

وقال ابن عبد الحكم: من المفلس .

وقال عبد الملك: إن كان ذهباً وَوَرِقاً وَدَيْنَهُ كذلك ، فتَلَفَ بعد جمعه ؛ فالذهب ممن له عليه ذهبٌ ، والورقُ ممن له عليه وَرَقٌ).

✽ ت: قال مالك: ضمانٌ ما تَلَفَ قبل البيع [منه] ^(١) ، كان عيناً أو عَرْضاً ، ولا شيء على الحاكم ؛ لأنه أمين ^(٢) ، وكما كان النماء له كان الضمان عليه .

وقال أيضاً: مصيبةٌ ما ليس بعينٍ من المفلس ^(٣) .

وبعد البيع قبضُ الحاكم الثمن إنما هو للغرماء ، فانقطع استصحابُ الملك بالبيع ، ولأنَّ الغرماء يستحقون الأثمانَ دون الأعيان ، ويدُ الحاكم بعد قبض الثمن كيدِ الغرماء ، وهو وكيلُهم .

ولا حظَّ ابنُ عبد الحكم أنهم إنما يضمنون بالقبض دون البيع ، ولم يقبضوا ،

(١) كذا في (ت ز) ، وفي (ق): (من المفلس) ، إلا أنَّ لفظ (المفلس) مستدرِك في الحاشية وأصابه خرم ، والمذكور أقرب ما يظهر منه ، وهو لفظ التذكرة (٢٣/٩) .

(٢) «النوادر» (١٠/٢٥ - ٢٦) ، و«التبصرة» (٦/٣١٦٨) .

(٣) «النوادر» (١٠/٢٦) ، «التبصرة» (٦/٣١٦٨) .

ولاحَظْ غيره أن [المجانسة]^(١) في معنى القَبْض ، والمغايرة تقتضي أن الغريم يطلبُ البَدَلَ ، فلم يتعيَّن له المتلف .



❖ ص: (ومن استؤجر على صنعة في سلعة فصنعها ، ثم فَلََسَ ربُّها ؛ فالصانع أحقُّ بالسلعة حتى يقبضَ أجرته ، في فَلََسَ ربُّها وموته) .

❖ ت: إن لم يُسَلِّم السلعة بقيت عنده ، كالرهن ، وإن سلَّمتها فهو أسوةُ الغرماء في الموت والفَلََس ، وإن كان لم يعمل خَيْرٌ بين فسح الإجارة أو يعملُ وهو أسوةُ الغرماء ، وليس له أن يعملَ ليكونَ شريكاً .



❖ ص: (إن اِكْتَرَى أرضاً فزرعها ، ثم مات أو أفلس قبل أن يَنْقُذَ أجرتها ؛ فَرَبُّ الأرض أحقُّ بالزرع حتى يستوفيَ أجرتها) .

❖ ت: لأنَّ أرضه أنبتته ، فهو سببُ حدوثه ، فأشبهه مَنْ وجد عين ماله ، وأشبهه الرهن .

وقال ابن القاسم وأشهب: ربُّ الأرض أحقُّ في الفَلََس دون الموت^(٢) ؛ لأنَّ الأرض ليست في يده ، فأشبهه بائع السلعة إذا أسلمها .



❖ ص: (إن استأجرَ داراً سنةً ، ولم يَنْقُذَ أجرتها ، وسكَّنها بعضَ السنة ، ثم فَلََسَ أو مات ؛ فَرَبُّ الدار أحقُّ ببقيةِ المدة ويحاصُّ غرماءه بما مضى) .

(١) كذا في (ق) ، وفي (ز ت) : (المحاسبة) .

(٢) بنحوه عنهما في «الجامع» (١٧/٧٢٠) .

✽ ت: لأنه وجد عينَ ماله، كما لو وجد عينَ سِلْعته، وإن أحبَّ حاصَّ الغرماءَ بكلِّ الكِراء وتركَ باقي المدة، كما إذا وجد بعضَ سِلْعته في الفلس، إلا أن يدفع له الغرماء حصَّة ما بقي من الأجرة فذلك لهم.



✽ ص: (إن استؤجر على رعي غنمٍ أو حفظٍ متاع، ثم أفلس مستأجره، فالأجير أسوة الغرماء).

✽ ت: لأنه ليس له تأثيرٌ فيما استؤجرَ عليه، فأشبهه من لم يجد سِلْعته، بخلاف من استؤجر على أن يزرع أو يسقي أو يؤبّر ونحوه، مما له تأثير، فهو كواجدِ سِلْعته في الفلس، وفي الموتِ أسوة الغرماء، وما زاد الزرعُ والنخلُ إلا بعمله، فكان الموجودُ عينَ ماله.



✽ ص: (وللمرأة المحاصَّة بصدّاقها في الفلس دون الموت، قاله ابن القاسم، وقال غيره تُحاصُّ في الفلس والموت).

✽ ت: قيل: لا تحاصِّصُ في الفلس ولا في الموت؛ لأنها ليست معاوضةً حقيقية.



✽ ص: (إذا أقرَّ بدينٍ بعد فلسه لم يُقبل على غرمائه).

لأنه يُتهم في إخراج المال عن الذين فلسوه.

(ويلزمه ذلك في ذمته).

لإقراره به.

(فإن أفاد مالا غير ما في يده قضاء منه).

✽ ت: إن أقرَّ قبل القيام عليه قُبَل إقراره ؛ لعدم التُّهمة ، وكذلك وقتَ القيام عليه .

وَيَدْخُلُ الْمُقَرَّرُ لهُ مَعَ الْغَرْمَاءِ ، وَيَدْخُلُ الْغَرْمَاءُ الْأَوَّلُ فِيمَا أَفَادَهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ الْكَائِنِ بَعْدَ التَّفْلِيسِ ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ فِيهِ سَوَاءٌ .



✽ ص: (بيع المفلس وابتياؤه جائز على غرمائه إذا لم يُحَابِ ، دون هَبَّتِهِ وَعَتَقَهُ وَصَدَقْتَهُ ، إِلَّا بِإِذْنِ الْغَرْمَاءِ) .
لأنَّ هذه تَضُرُّ بِهِمْ .

(وكذلك المديان الذي لم يفلس في تبرُّعاته ، وفي رهن المفلس روايتان: جَوَازُهُ وَمَنْعُهُ ، وليس له بعد الفَلْس أن يقضيَ بعضَ غرمائه دون بعض) .
لِلْحَجَرِ عَلَيْهِ وَاسْتَوَائِهِمْ فِي ذَلِكَ .
(وله ذلك قبل فِلْسِهِ) .

لعدم الحجر .

✽ ت: هَبَّتُهُ لِلثَّوَابِ وَنِكَاحُهُ كَبَيْعِهِ ، وَتَدْبِيرُهُ كَعَتَقِهِ مَعْرُوفٌ ، وَالذَّيْنُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِ ، فَهَذَانِ قِسْمَانِ مَتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا .

وَالْمَخْتَلَفُ فِيهِ: الرِّهْنُ وَالكِتَابَةُ وَمَا يَقْضِي لِبَعْضِ غَرْمَائِهِ دُونَ بَعْضٍ ، وَمَنْشَأُ الْخِلَافِ: هَلِ الْكِتَابَةُ عِتْقٌ أَوْ مَعَاوِضَةٌ ؟ وَهَلِ الرِّهْنُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ عَلَى وَجْهِ الصَّلَاحِ دُونَ التَّبَرُّعِ ، أَوْ هُوَ إِثَارٌ بِالْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ ، فَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ ؟

وكذلك قضاؤه لبعض الغرماء تصرفٌ على وجه المعاوضة دون الإيثار.



❁ ص: (إن أعتق عبده على مالٍ، ثم أفلس العبد؛ لم يحاصص السيد بذلك غرماءه).

لأنه ليس ديناً محققاً؛ لقدرته على نزعهِ قبل العتق.



❁ ص: (من زرع زرعاً، فأصابته جائحة، فاقترض من رجل مالاً، فأنفقه عليه، فلم يكفه، فاقترض من رجلٍ آخر مالاً، فأنفقه عليه أيضاً؛ ثم فُلس؛ فالثاني أحقُّ بالزرع).

لأنه لولا دينه لهلك الزرع، فهو كمن وجد عين ماله.

(ثم الأول أحقُّ بما بقي بعد الثاني من بقية الغرماء).

لأن دينه في الزرع بخلافهم.

❁ ت: ثم على هذا الترتيب يُقدَّم المتأخِّرُ أبداً على من تقدَّمه، وكذلك الأجراء يُقدَّم الأجيرُ الأخير الذي [حيي]^(١) الزرع بسببه، ثم الذي يليه، كمن وجد عين ماله.



❁ ص: (من فُلس فانتزع غرماءه ماله، ثم داين آخرين، ثم فُلس مرةً أخرى، فالغرماء الآخرون أحقُّ بماله من الأولين، فإن فَضَلَ فَضْلُ فهو للأولين وهذا فيما حصل له من معاملة الآخرين).

(١) كذا في (ق)، وفي (ز): (جني)، وفي (ت): (حسن).

لأنه عينُ مالهم .

(أما ما ورثه أو وُهب له أو من أرشٍ جنايةٍ أو وصية ؛ فالكُلُّ فيه سواء) .

✽ ت: لأنهم سواءٌ، كمن دأب قومًا بعد قوم فإنهم يستون في المال .

فإن لم يفلسه الآخرون ، وقال الأوّل: في يده فضلٌ نأخذُه ؛ كَشَفَ السلطانُ عن ذلك ، فإن وَجَدَ فضلًا آخَر في يده ما يوفّي الآخرين ، وأعطى الأولين الفضلَ ، إن كان المالُ الثاني حصلَ بمعاملةٍ ، إما بميراثٍ ، أو هبةٍ ، أو صدقةٍ ، فإن لم يكن عاملٌ أحدًا بعد التفليس الأول ؛ أخذه المفلسون له أوّلًا على الحصص المتقدمة إن لم يكن فيه وفاء ، وإن عاملَ آخَرينَ وفلسوه اقتسم الفائدة الأولون والآخرون بقدر الباقي لهم .



✽ ص: (إذا تجر العبدُ بغير إذن سيده فله أن يُسقطَ الدينَ عنه) .

لأنه يَعيِبُه ، وليس للعبد أن يَعيِبَ مَلِكَ سيده ، ولأنَّ المداينَ له مع علمه بِرِقِّهِ عَرَّضَ ماله للإتلاف .

(فإن لم يُسقطه عنه حتى عتَقَ اتَّبعه الغرماء) .

بخلاف الحرِّ السفیه ؛ لأنَّ الحجرَ هاهنا لحقَّ السيد وقد زال ، وهناك لحكمة الحجر ، فلو بقيَ الدينُ بعد الرشد لم يُفدِ الحجرُ شيئًا .

فإن تجر بإذن سيده ثم فَلََسَ فدَينَه في ماله وذمَّتَه ، ويقدمُ الغرماء على سيده .

لأنَّ الإذن في التجارة رضاٌ بعروض الدين له .

ولا سبيلَ لهم على رقبته .

لأنه لم يجز .

ولا على سيده .

لأنه لم يضمن وإنما دأيناه الغرماء على ماله .

✽ ت: لو فُلس السيد كان غرماء العبد أحقَّ بمال العبد ؛ لِتَعْلُقِ حقهم به في المعاملة .

وقال أبو حنيفة: لغرماء العبد بيعه .

لنا: أنَّ المعاملة إنما تقع على ما في أيدي الناس دون رقابهم ، وغرماء السيد أحقُّ برقبة العبد من غرماء العبد .



✽ ص: (إن [دأيناه] ^(١) السيد فهو أسوة الغرماء) .

لأنها معاملةٌ صحيحةٌ بغير محاباة .

وإن أقرَّ العبدُ المفلس لسيده أو لغيره بدينٍ لم يُقْبَل إقراره على غرمائه .

لأنه يُتَّهم في إخراج المال عنهم .

✽ ت: إن اشترى من سيده سلعةً بثمنٍ كثيرٍ مما يُعْلَم أنه محاباةٌ ؛ فالغرماء أحقُّ بما في يد العبد .

قال يحيى بن عمر: ويضرب السيدُ معهم بقيمة السلعة ، وتسقط المحاباة ^(٢) .

(١) كذا في (ق) ، وفي (ز): (كاتبه) ، وفي (ت): (كاتب) ، والمثبت يوافق لفظ «التذكرة» (٣٧/٨) .

(٢) بنصه عنه في «اختصار المدونة» (٦٨/٣) .

وإقرار المأذون له جائز بثلاثة شروط^(١):

أن يُقرَّ لمن لا يُتَّهم عليه، وقبل أن يحجرَ عليه سيده، وقبل أن يقوم عليه غمائه، فيجوز حينئذٍ في الصحة والمرض.

فإن أقرَّ لمن لا يُتَّهم عليه؛ لم يُتَّهم.

والثَّمة قسمان^{(٢)(٣)}:

إن كان لا دين عليه رُوعيت فيمن كان من جهته، كالوالد والولد والأخ والصدیق والزوجة ونحوهم ممن يُتَّهم أن يفرَّ من سيده إليه، وإن كان عليه دينٌ [وبينَ]^(٤) فله رُوعيت الثَّمة ممن كان فلا يصحُّ إقراره لسيده، ولا لمن هو من [سبب]^(٥) سيده، كالأب والأخ والابن؛ لأنه يُتَّهم أن يفرَّ عن غمائه، إلا أن يكون للمقرَّ له لَطخٌ أنه كان يعامله، فيجوز ما لم يأت بما لا يشبه أن يعامله بمثله.

قال الأبهري: إن كان العبدُ المأذون له متَّهماً لمن أقرَّ له بمودَّةٍ أو صداقةٍ لم يُؤخذ بقوله، وكذلك الأحرار يُردُّ إقرارهم وإن جاز أن يكون حقاً، كالشهادة تُردُّ مع جواز أن تكون حقاً.

وإذا أقرَّ بعد أن حَجَرَ عليه سيده بدينٍ لأجنبيٍّ:

أجازه ابنُ القاسم^(٦).

(١) انظرها: «التبصرة» (٣٢٤٨/٦).

(٢) زاد في (ز): (أحدهما).

(٣) انظرهما: «التبصرة» (٣٢٤٨/٦).

(٤) كذا في (ق)، وفي (ز): (ويتبين)، وفي (ت): (وتبين).

(٥) في (ت): (نسب).

(٦) انظر: «النوادر» (٤٩/١٠)، و«التبصرة» (٣٢٤٨/٦ - ٣٢٤٩).

ومنعَه ابن وهب^(١).

قال اللخمي: الأول أحسن؛ لأنَّ السيد مَكَّنَه من البيع والشراء، والعادةُ من الناس أنهم لا يُشْهِدون على مثل هذا، فتذهب أموالُ الناس، وإقراره إذا قام الغرماء بفَلَسِه كإقرارِ الحرِّ، فالموضع الذي يصحُّ فيه إقرارُ الحرِّ يصحُّ إقرارُ العبد، وإلا فلا^(٢).



(١) صرح بذلك عنه في «النوادر» (٤٩/١٠)، و«التبصرة» (٣٢٤٩/٦).

(٢) «التبصرة» (٣٢٤٩/٦).

كتاب الحجر

(يُحَجَّرَ عَلَى الْأَصَاغِرِ حَتَّى يَبْلُغُوا، وَيُؤَنَسَ رَشْدُهُمْ، وَعَلَى السَّفَهَاءِ مِنَ الْأَكَابِرِ، وَهُمْ الْمَبْذَرُونَ لِأَمْوَالِهِمْ).

✽ ت: لقوله تعالى: ﴿وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

ولأنَّ الصغير لا يَضْبِطُ مَالَهُ، فكان كالمجنون.

وقال الله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فجعل سَفَهَ [الكبير] ^(١) موجباً لتصرف الولي.

واختلَفَ فيمن يُخَدَعُ في البيوع:

فقيل: لا يُحَجَّرَ عليه؛ لأنَّ رسول الله ﷺ لم يحجر على حَبَّانِ بنِ منقذ، وكان يُخَدَعُ في البيوع ^(٢).

وقال ابن شعبان: يُحَجَّرَ عليه ^(٣).

ويزول الحجر بزوال سببه؛ فعن الصبيِّ بالبلوغ والرشد، وعن المجنون

(١) في (ز): (الميمز).

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر: البخاري في «صحيحه» رقم (٢١١٧)، ومسلم في «صحيحه» رقم (٣٨٦٠).

(٣) نقله عنه اللخمي في «التبصرة» (٥٥٨٧/١٠).

بإفاقته إن كان طارئاً بعد البلوغ؛ لأنه كان على رُشد، أو قبل البلوغ لم يُدفع إليه إلا بعد ثبوت الرُشد، وعمّن يُخدع في ماله إذا عُلِمَ منه الضبط.

والحجر للآباء والسلطان والسيد، فللآباء في الصغار حيّاً، ويُقيم لهم عند الموت وصيّاً، وفي الإناث وإن كُثرن، ما لم يدخل بهنّ أزواجهن، والسلطان في الصغار عند عدم الأب والوصيّ، وفي الكبار مع وجود الأب إذا حدث بعد البلوغ ما يوجب الحجر، فذلك للسلطان دون الآباء، والسيد في عبده.



❖ ص: (ولا يُحجر على فاسقٍ إذا كان مُصلِحاً لماله).

❖ ت: قال الشافعي: يُحجر [على الفاسق] ^(١).

لنا: أنه إنما يُستدام الحجر على البالغ [للتبذير] ^(٢)، ولو طرأ الفسق على الكبير لم يُحجر عليه، فكذلك إذا بلغ فاسقاً.

قال اللخمي: أرى أن [المثمر لماله] ^(٣) إذا كان يستعين به على الفسوق أن يُحجر عليه لحقّ الله تعالى؛ لأنّ تغيير المنكر فرضٌ إذا كان لا يزره إلا الحجر، مع بقاء المال معه ^(٤).



❖ ص: (لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تهب ولا تُعتق ولا تتصدّق بأكثر من ثُلثها إلا بإذن زوجها).

(١) في (ز): (عليه).

(٢) في (ت): (للتبذير).

(٣) كذا في (ز)، وفي (ق ت): (الرشد في ماله)، والمثبت يوافق لفظ «التبصرة» (٥٥٨٥/١٠).

(٤) «التبصرة» (٥٥٨٥/١٠).

فإن فعلت خَيْرَ زوجها في إجازة ما زاد على الثُّلث أو رَدَّه ، وقيل : يَرُدُّ الكل إذا زادت على الثُّلث).

✽ ت : قال أبو حنيفة والشافعي : لها التبرُّع مطلقاً .

لنا : قوله ﷺ : «تُنكَح المرأة لِمَالِها وَجَمَالِها»^(١) ، فدلَّ على تعلُّقِ حقِّه به ، والعادة [تَجْمُلُه] ^(٢) به ، ولذلك يَقِلُّ المهر وَيَكْثُرُ بكثرة مالها وَقِلَّتْه .

وقال ﷺ : « لا يجوز لامرأة أن تقضي في ذي بَالٍ من مالها إلا بإذن زوجها»^(٣) ، وما له بَالٌ فوق الثُّلث .

فقال مالك : يَرُدُّ الجميع^(٤) ؛ لأنه من الضرر^(٥) .

وقال المغيرة : يجوز قدرُ الثُّلث^(٦) ؛ قياساً على المريض^(٧) .

(ويجوز بيعُ المرأة ذاتِ الزوج وشراؤها إذا لم تُحَابِ ، ولا مَنَعَ للزوج في ذلك) .

لأنه لم يتضرر .

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة: البخاري في «صحيحه» رقم (٥٠٩٠) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٣٦٣٥) .

(٢) كذا في (ق) ، وفي (ز ت) : (تحمله) .

(٣) أخرجه من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أحمد في «مسنده» رقم (٧٠٥٨) ، وأبو داود في «سننه» رقم (٣٥٤٦) ، وأبن ماجه في «سننه» رقم (٢٣٨٨) .

(٤) رواه ابن الماجشون ومطرف عن مالك ، انظر: «الجامع» (١٣٨/١٨ - ١٣٩) .

(٥) انظر: «التبصرة» (٥٦٥٥/١٠) .

(٦) رواه عنه ابن يونس في «الجامع» (١٣٩/١٨) .

(٧) انظر: «الجامع» (١٣٥/١٨) .

(وإن تبرّعت بأكثر من الثلث ، ولم يعلم بذلك الزوج حتى طلق أو مات ؛
نفذ فعلها).

لزوال المانع .

(وكذلك العبد إذا عتق بعد تبرّعه وقبل علم السيد).



❖ ص : (وإذا استدان السفية بغير إذن وليّه لم يلزمه ذلك بعد زوال حجره).

والفرق : أنه حُجِرَ عليه لحقّ نفسه ، فلو لحقه الدين والتبرّع بعد زوال الحجر
لم يُفد الحجر شيئاً ، والعبد حُجِرَ عليه لحقّ سيده ، فلا يُبطل الحجر [ما لزمه] ^(١)
بعد العتق ؛ لبقاء حقّ السيد قبل العتق غير مضيع ، ولأنّ السفية ناقض التصرف
في نفسه ، غير أهلٍ للتصرف ، فلا تثبت آثار تصرفه ، والعبد أهلٌ لذلك ، بدليل
أنه لو أُذِنَ له سيّده لصحّ ، فلزمت آثار تصرفه .



❖ ص : (وإذا أُذِنَ وليّ السفية له في التجارة في مالٍ بعينه ، واستدان ديناً ؛
وجب دينه في ماله لا في ذمّته ، فإن فضل عن ماله فضلٌ لم يُتبع بالفضل في ذمّته).

❖ ت : لأنه إنما دأبوه على ذلك المال ، هذا قول ابن الجلاب .

وقال ابن القاسم : لا يلزمه في ذلك المال الذي أُذِنَ له فيه ، ولا فيما بقي ؛
لقوّة الحجر عليه ، وعدم خروجه من الولاية ، والإذن إنما كان للاختبار ، بخلاف
العبد المأذون ، فإنّ الحجر عليه إنما هو لحقّ سيده .



(١) كذا في (ق) ، وفي (ز ت) : (يلزمه).

❁ ص: (الوصيُّ مصدِّقٌ فيما ذكر من نفقة اليتيم ، وكذلك وليُّ السفية).

❁ ت: إذا أتيا بما يُشبه ؛ لأنَّ النفقة لا بُدَّ منها ، وإقامة البينة تشقُّ على الأولياء ، وقد تتعذَّر ، فيؤدي لعدم النفقة .



❁ ص: (إذا بلغ اليتيم فادَّعى الوصيُّ ردَّ المال إليه لم يُصدِّق إلا ببينة).

❁ ت: لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ، فلولا أنه يضمن لم يؤمر بالإشهاد ، ولعدم المشقة في ذلك .

بخلاف الإنفاق ، والفرق بين الوليِّ والمودع يُصدِّق في ردِّ الوديعة: أنه يرُدُّ إلى مَنْ ائتمنه ، ووليُّ اليتيم والسفيه يدفع لغير مَنْ ائتمنه ، فلا يُصدِّق على غير مَنْ ائتمنه ، كما لو قال المودع: دفعتُ إلى غير المودع ؛ لم يُصدِّق .



❁ ص: (لا بأس بالتجارة في مالِ اليتيم ، ولا ضمان على الوصيِّ في ذلك).

❁ ت: قال عمر رضي الله عنه: اتَّجِرُوا في أموال اليتامى ؛ لا تأكلها الزكاة^(١) .
وورد مرفوعاً .

ولأنه مصلحةٌ لهم ، ولا يضمن ؛ لأنه أمين .



❁ ص: (ولا بأس أن يخلط الوصيُّ نفقةَ يتيمة بماله إذا كان الرِّفقُ في ذلك

لليتيم ، ولا يجوز إذا كان الرِّفقُ للولي ، وينبغي لوليِّ اليتيم التوسعة عليه في نفقته وكسوته على قدرِ حاله ، ولا بأس بتأديبه).

(١) رواه مالك بلاغاً في «الموطأ» رقم (٥٩٩).

✽ ت: لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، فمتى لم تكن المصلحة له لم يَجُزْ.

ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَحَاطُّوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

ولأنَّ المشقة قد تقع في الانفراد في البيت الواحد.

ويوسَّع عليه؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧].

وقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا أَنْعَمَ عَلَى عَبْدٍ أَحَبَّ أَنْ يَرَى أَثَرَ نِعْمَتِهِ عَلَيْهِ»^(١)، فلا يزيد عَمَّا يحتاجه اليتيم، ولا يَنْقُصُ عنها.

وتأديته إحسان؛ لقوله ﷺ: «مَا نَحَلَ وَالِدٌ وَلَدًا أَفْضَلَ مِنْ أَدَبٍ حَسَنٍ»^(٢).

وقال ﷺ: «مَرُوا الصَّبِيَّانَ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعٍ، وَاضْرِبُوهُمَا عَلَيْهَا لِعَشْرِ»^(٣)، وليكن التأديب بالرفق إذا احتاج إليه.



✽ ص: (يَنْفِقَ عَلَى أُمِّ الْيَتِيمِ مِنْ مَالِهِ إِذَا احتاجت، وَيُخْرِجُ الزَّكَاةَ مِنْ مَالِهِ، وَزَكَاةَ الْفَطْرِ، وَيُضْحِي عَنْهُ مِنْ مَالِهِ).

✽ ت: لَأَنَّ نفقة الأم واجبة عليه في ماله، وكذلك الزكاة، والأُضْحِيَّةُ مأمورٌ بها.

(١) أخرجه من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أحمد في «مسنده» رقم (٦٧٠٨)، والترمذي في «سننه» رقم (٣٠٢٩)، والنسائي في «سننه» رقم (٢٥٦٠).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» رقم (١٥٤٠٣) و(١٦٧١٧)، والبيهقي في «الشعب» رقم (١٦٧٣) و(٨٦٥١)، وانظر: «الضعفاء» للعقيلي رقم (١٣٢١)، و«الكامل» لابن عدي (١٧٤٠/٥).

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» رقم (١٥٣٣٩)، وأبو داود في «سننه» رقم (٤٩٤).

كتاب الرهن

والرهن في البيع والحقوق كلها جائز .

✽ ت: أصله الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

فالكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣] .

وفي «الصحيحين»: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا بِالْمَدِينَةِ ، وَرَهْنٌ فِيهِ دِرْعُهُ^(١) .

ولا خلاف في جوازه ، ومنهم مَنْ منعه في الحضر .

لنا: الحديث المتقدم .

ولأنه توثقة فيجوز في الحضر ، قياساً على الضامن .



✽ ص: (إذا باع واشترط رهناً بعينه ؛ لزم دفعه ، أو مطلقاً فامتنع من دفعه ؛ خَيْرُ الْبَائِعِ فِي إِمْضَاءِ الْبَيْعِ بغير رهنٍ وفسخه) .

✽ ت: يُجَبَّرُ عَلَى تَسْلِيمِ الرهنِ الْمَعْيَنِ .

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يلزم ، وهو عقد جائز ، فإن أقبضه الراهن ؛ لزم ، وإلا فلا .

(١) أخرجه من حديث عائشة: البخاري في «صحيحه» رقم (٢٠٦٨) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٤١١٦) .

لنا: أنه عقدٌ، فلم يكن من شرط لزومه القبض، كسائر العقود.

وإن أعطى في المطلق ثوباً، أو حليّاً، أو داراً ونحوه؛ لزم البائع قبوله، أو عبداً، أو دابةً؛ لم يلزمه قبوله؛ لمشقة حفظه.

فإن أراد المشتري ثوباً، وكرهه البائع؛ لأنه يضمن، أو داراً، وامتنع البائع؛ ليأخذ شيئاً يبين به، ويكون تحت علقه؛ قدّم المشتري؛ لأنّ ذلك كلّ رهن، إلا أن يشترط صنفاً فيوفي له به.



❖ ص: (إن اشترط أن السلعة المبيعة رهنً إلى أجلٍ ثمنها؛ جاز في العروض والعقار دون الحيوان).

❖ ت: متى كان الأجل تتغيّر السلعة فيه امتنع؛ لأنه لا يدري كيف يقبضها، وإلا جاز، وأما الحيوان فلا يجوز؛ لأنّ تأخّر القبض فيه غرر، وأما الثلاثة أيام فيجوز؛ للأمن فيها غالباً.



❖ ص: (والرهن مضمونةٌ وغير مضمونة، فالمضمون: الأموال الباطنة، كالعروض والحليّ، وغير المضمون: الأموال الظاهرة، كالعقار والحيوان).

❖ ت: من قبض لمنفعةٍ نفسه يضمن، كالدين، أو لمنفعةٍ غيره لا يضمن، كالمودع، والمرتهن قبض لنفسه فيضمن، إلا أن تقوم بيّنة، أو يظهر ذلك؛ لأنه ليس متعدّياً في القبض، كالغاصب، وقال عليه السلام: «الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غُرمه»^(١).

(١) أخرجه بنحوه الحاكم في «مستدرکه» (٥١/٢).

❁ ص: (مَنْ ارْتَهَنَ مَا لَا يُضْمَنُ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ لَمْ يَلْزَمَهُ ضِمَانُهُ ، أَوْ مَا يُضْمَنُ عَلَى أَنَّهُ لَا ضِمَانَ عَلَيْهِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ ضِمَانُهُ).

ت لأنه سنّة الرهن ، وشرط ما هو على خلاف العقد ، كما لو شرط في الوديعة الضمان ، أو شرط في البيع عدم الدرك .

وقال رسول الله ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ»^(١).

وقال أشهب: له شرطه ؛ لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٢).



❁ ص: (إِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْهَلَاكِ فِي رَهْنٍ [بَاطِنٍ]^(٣) فَرَوَايَتَانِ: لَزُومُ الضَّمَانِ ، وَسَقُوطُهُ).

❁ ت: بالسقوط قال ابن القاسم ؛ لأن سببه التهمة ، وقد زالت التهمة - بالبيّنة - بأنه أخفاه أو أتلّفه ونحوه ، ألا ترى أنَّ العرف لما نفى التهمة في الرَّبْع والحيوان سقط الضمان وليس هو كالغاصب لا تفيده البيّنة .

واحتجَّ أشهب على أنه [ضامن]^(٤) بقوله ﷺ لصفوان: «بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَادَّةٌ»^(٥) ، أي: لا بُدَّ من أدائها وإن شهد على هلاكها البيّنة .

(١) أخرجه بنحو هذا اللفظ من حديث عائشة: ابن ماجه في «سننه» رقم (٢٥٢١) ، وأصله عند البخاري في «صحيحه» رقم (٢١٦٨) ، ومسلم في «صحيحه» رقم (٣٧٨٠) . وانظر: «إرواء الغليل» (١٥٢/٥) وما بعدها رقم (١٣٠٨) .

(٢) تقدم تخريجه ، انظر: (٥٩/٦) .

(٣) في (ق): (هلاك الرهن الباطن) .

(٤) في (ق): (ضمان) ، وساقطة من (ز ت) ، والمثبت ما يناسب السياق .

(٥) أخرجه من حديث صفوان بن يعلى ، عن أبيه: أحمد في «مسنده» رقم (١٧٩٥٠) ، وأبو داود=

❁ ص: (ونسُلُ الحيوان رهنٌ مع أمَّهاتها، وفِراخُ النخل والشجر رهنٌ مع أصولها، وثَمَرُ النخل والشجر لا يدخل في الرهن إلا أن يشترط، وألبانُ الإبل والغنم وأصوافُها لا تدخل في الرهن إلا أن يشترط ذلك).

❁ ت: الغلَّات غير المعَيَّنة لا تدخل في الرهن، كغلَّات العبيد والدُّور والحيوان ونحوه.

والمعيَّن غير منفصلٍ عن الأصل ولا متميِّز، نحو: كِبَر الصَّغير، وسِمَن الهزيل فيندرج اتفاقاً.

والمميِّز: نسلٌ، أو كالنَّسل، نحو فراخ الشجر، فيندرج، والذي ليس كالنسل نحو الثَمَر واللبن والصوف لا يندرج.

وقوله ﷺ: «الرهن من رَاهِنِهِ، له غُنْمه وعليه غُرْمه»^(١) يقتضي أن المنافع وما لا يكون له غُنْمٌ ليس رهناً.

قال الأبهرى: الثمرة خراج، والخراج بالضممان، وقياساً على اللبن؛ فإنه لا يكون رهناً.

قال مالك: الغلة لا تكون رهناً إلا أن تُشترط فتكون رهناً إلى [أجل]^(٢)^(٣).

قال ابن القاسم: إذا كمل نباتُ الصوف كان رهناً^(٤).

ومتَّعَه أشهب، كاللبن في ضروعها^(٥).

= في «سننه» رقم (٣٥٦٦).

(١) تقدم تخريجه، انظر: (١٠٦/٦).

(٢) كذا في (زت)، وفي (ق): (الأجل).

(٣) صُرح به عن مالك في «النوادر» (١٧٩/١٠).

(٤) بتمامه عنه في «النوادر» (١٨٠/١٠).

(٥) بنصه عنه في «النوادر» (١٨٠/١٠).

وَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ النِّسْلَ رَهْنٌ: أَنَّ الْوَلَدَ يَلْحَقُ بِأَمِّهِ فِي التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَغَنَمِ الزَّكَاةِ وَالْحَرِيَّةِ وَالرَّقِّ وَغَيْرِهَا.

وَكُلُّ عَقْدٍ ثَبَتَ لِلْأَمِّ لَا سَبِيلَ إِلَى حَلِّهِ فَهُوَ لِلْوَلَدِ إِذَا حَدَثَ، إِلَّا الْإِجَارَةَ وَالنِّكَاحَ.

وَالسَّيْدُ يَتَصَرَّفُ فِي خَرَاكِ الْأَمَّةِ، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِي وَلَدِهَا الْحَادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ الْكَائِنِ فِي الْأَمِّ.

وَمَتَى اشْتَرَطَ رَهْنًا مَا لَا يَنْدَرِجُ اِنْدَرِجَ، كَسَلْعَتَيْنِ يَضُمُّهُمَا فِي الرِّهْنِ.



❖ ص: (يَجُوزُ رَهْنُ الْغَرْرِ وَالْمَجْهُولِ، كَالْآبِقِ، وَالشَّارِدِ، وَالْأَجَنَّةِ فِي بَطُونِ أَمَّهَاتِهَا).

❖ ت: لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ دَفْعُ مَالِهِ بِغَيْرِ تَوْثِيقَةٍ جَازَ مَعَ تَوْثِيقَةٍ مَجْهُولَةٍ.

فَإِنْ كَانَ فِي أَصْلِ عَقْدِ الْبَيْعِ أَوْ [الْقَرْضِ] ^(١) اِمْتَنَعَ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ حَطَّ مِنَ الثَّمَنِ لَشَيْءٍ لَا يَدْرِي هَلْ يَحْصُلُ أَمْ لَا، فَهُوَ يَبِيعُ مَجْهُولًا.

وَمَنْعَ مَالِكُ رَهْنِ الْجَنِينِ فِي كِتَابِ الصَّلْحِ مِنْ «الْمَدُونَةِ» ^(٢).

وَجَوَّزَهُ ابْنُ مَيْسَرٍ، كَالْآبِقِ، وَيَصِحُّ بِالْقَبْضِ ^(٣).

وَالْمَعْرُوفُ لِمَالِكٍ الْمَنْعُ فِي الْأَجَنَّةِ دُونَ الْآبِقِ وَالشَّارِدِ؛ لِقُوَّةِ الْغَرْرِ فِي الْأَجَنَّةِ.

(١) فِي (ت): (الْقِرَاضِ).

(٢) انْظُرْ: «الْمَدُونَةُ» (٤٢٢/٧)، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ عَنْ مَالِكِ ابْنِ أَبِي زَيْدٍ فِي «النُّوَادِرِ» (٢

❖ ص: (ونفقةُ الرهن على رَاهِنِهِ ، ومنفعَتُهُ وخِراجُهُ له دون مرتهنه).

ت المِلْكُ له ، فتكون عليه النفقة ، وله الغلَّة ، كالبيع ، وهو معنى قوله ﷺ :
«الرهن ممن رهنه ، له غُنْمُهُ ، وعليه غُرْمُهُ»^(١) ، ولأنَّ الخراج بالضممان .



❖ ص: (إن اشترط الانتفاع بالرهن إلى أَجَلٍ الثمن جاز في البيع ، وامتنع في القرض).

لأنه سَلَفٌ جَرَّ نفعًا .

❖ ت: قال مالك: [أكره في البيع]^(٢) اشتراطه في الحيوان والثياب^(٣) ؛
لأنه لا يدري كيف يرجع ، بخلاف الدُّور .

وأجازه كله ابنُ القاسم إذا سَمَّى أَجَلًا^(٤) ، كالإجارة ، فتكون إجارةً وبيعًا .

والفرق لمالك بين الإجارة والرهن في الحيوان: أنه يتغيَّر فيدخل الغررُ في الثمن للجهل بما يقابله ، ولا ضرورة تدعو لذلك ، [والضرورة تدعو للإجارة]^(٥) .

فإن ضاع المُشْتَرَطُ منفعَتُهُ ، وهو مما يغاب عليه :

قيل: يضمنه لأنه رهن ، ولأنه مَخْتَصَّصٌ به دون غرمائه .

وقيل: لا يضمنه ، كالعين المستأجرة .

(١) تقدم تخريجه ، انظر: (١٠٦/٦) .

(٢) كذا في (ز) ، وفي (ق ت): (أكرهه في البيع أكره) .

(٣) «المدونة» (٢٧٥/٩) .

(٤) «المدونة» (٢٧٥/٩) .

(٥) كذا في (ز ت) ، ويقابله في (ق): (بخلاف الإجارة تدعو الضرورة إليها) .

وقيل: يُنظر إلى القدر الذاهب منه بالإجارة لا يُضمّن؛ لأنه مستأجر،
ويُضمّن ما عداه؛ لأنه رهن.



❁ ص: (إن ارتهن عبداً له مالٌ؛ لم يندرج ماله.

فإن فُلَس سيده؛ فالمرتهن أولى برقبة العبد من الغرماء.

فإن فضّل شيء؛ فهو أسوءُ الغرماء في مال العبد).

❁ ت: إن اشترط المال اندرج، كالبيع، وماله كثمرة النخلة؛ لأنّ الجميع
خراج.

وأجاز في «المجموعة» ارتهانَ ماله دونّه، وله معلومُهُ ومجهولُهُ يومَ الرهن
إن قبضه^(١).

ولا يكون ما وُهب للعبد رهناً معه، وإن اشترطَ ماله معه وما ربحَ في ماله
المشترطَ معه فهو رهن، كما يدخُلُ فيما أوصى به ربحُ ما علّمه الموصي ولا
يدخُلُ ما لم يعلمه من ماله^(٢).

وقيل: يندرج ما وُهب له، كما إذا بيعَ بالخيار واشترطَ ماله فإنه يندرج ما
وُهب له في أيام الخيار، أو صدقةٍ أو وصية^(٣).



❁ ص: (إن رهن أمة عبده حرّم وطؤها على العبد حتى يفتكها سيده).

لأنّ ذلك كالانتزاع.

(١) بتمامه في «النوادر» (١٠/١٨١)، و«الجامع» (١٢/٥٣٩).

(٢) هذه الفقرة اقتبسها القرافي بنصها من كلام أشهب في «النوادر» (١٠/١٨١)، و«الجامع» (١٢/٥٣٩).

(٣) بنحوه في «الجامع» (١٢/٥٣٩).

(وكذلك لو رهن العبدَ معها لم يطأها العبدُ حتى تخرجَ من الرهن).

✽ ت: رأى مالكٌ تحريمَها حتى تنفك^(١)، وعلى هذا لو وطئها لم يُحدَّ؛ للشُّبهة؛ لأنه كالانتزاع، ولتعلُّقِ حقِّ المرتهن.

وقال ابن المَوَّاز: هو انتزاع تامٌّ^(٢)، لا ترجع إليه إلا برَدٍّ جديد.

قال مالك: إن [وطئ الأمة العبدُ أو السيد]^(٣) فسَدَ الرهن، ووطئ السيد أشدُّ فساداً^(٤).

يريد - والله أعلم -: إذا كان بإذن المرتهن.

وفَرَّق ابن المَوَّاز بين رهن العبدِ له الوطء؛ لأنَّ ملكه لم يقع فيه انتزاع، والرهنُ في رقبته خاصَّةً، بخلاف رهن الأمة.

وقال ابن مسلمة: ذلك انتزاع، وتُمنَعُ منه أُمَّتُهُ وإن افتكَّه، إلا بأمرٍ جديد^(٥).

ولو رهن السيدُ العبدَ وللعبد زوجةً؛ لم يُمنَع من وطئها، بخلاف الأمة.



✽ ص: (مَن رهنَ أُمَّتَهُ؛ حرَّم وطؤها عليه).

فإن وطئها بإذن المرتهن؛ بطلَ رهنُها، أو بغير إذنه فلم تحمِلَ فهي رهنٌ بحالها، وإن حملت وله مالٌ كانت له أمٌّ ولدٍ، ودفع إلى المرتهن حَقَّهُ، وإن لم

(١) «المدونة» (٣٠٧/٩).

(٢) بنصه عنه في «النوادر» (١٨٠/١٠).

(٣) في

يكن له مالٌ يبيعت وقضى الحق من ثمنها ، وما فضل اتبعه به في ذمته .

فإن كان ثمنها أكثر من الحق ؛ بيعَ بقدره ، وما بقي فبحساب أمّ الولد لا يباع ، ولا يُباع الولد ، كان الراهنُ موسراً أو معسراً) .

لتخلقه على الحرية .

✽ ت : امتنع الوطء لأنه تعرّض لإبطال الحق ؛ لأنّ المرتهن لا يقدرُ على بيعها حاملاً .

ولأنه تصرفٌ في الرهن ، وهو ممنوع ؛ لأنه توثقةٌ وبحوزِ المرتهن .

وإذا أذن له فقد أبطل حقه ؛ لأنّ من شرطِ الرهنِ القبضُ ، وقد بطل بحوزِ الراهنِ لها بالوطء ، وقد تحمّل .

وإن لم يأذن سقطَ الحدُّ ؛ لأنها ملكه ، ولحقه الولد ؛ لأنه من أمته ، وإقدامه على الوطء رضاً منه بدفع الحق من ماله ، كما لو أعتق العبد .

ولا يلزم رهنٌ آخر ؛ لأنّ الشرط إنما تناولها .

ولا تُباع في الإعسار إلا بعد الوضع ؛ لئلا يباع الولد وهو حر ؛ لأنّ الجنين جزءُ المبيع .

وقوله : كان ما بقي بحسابِ أمّ الولد ، ظاهرُهُ أنها لا تعتق .

وقال اللخمي : تعتق^(١) ، وهو أصلُ المذهب أن أمّ الولد لم يبق فيها إلا الاستمتاع ، فإذا حرّم عتقت ، كما إذا ظهر أن أمّ الولد ذاتُ محرّم .

(١) انظر : «التبصرة» (١٠/٥٧٤١) .

❁ ص: (فإن وطئها المرتهن فهو زان، وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وولدها رهنٌ معها، يُباع ببيعها).

لأنها ليست ملكه، ولا له شبهة ملك.

فإن أحلها له الراهنُ لزمه قيمتها، حملت أم لا، ولا تلزمه قيمة ولدها.

لأنه تخلق على الحرية.

ولأنه لما أحلها له أسقط حقه من الولد، ودخل على أنه حر.

وقاصه الراهنُ بما لزمه من القيمة.

❁ ت: عليه للراهن إذا لم يأذن له ما نقصها وطؤه، بكرًا كانت أو ثيبًا إذا أكرهها، أو طاوعته وهي بكرٌ، وإن كانت ثيبًا فلا شيء عليه.

والصواب أن عليه ما نقصها؛ لأنه أدخل على سيدها فيها عيب الزنا.

وإن وطئها جاهلاً بالتحريم لم يُحد؛ لأن الحد يُدرأ بالشبهة، والجهل بالتحريم شبهة.

والولد رهنٌ؛ لأن النسل يصير رهنًا في الحيوان، والإحلال شبهة إذا ظن أنه يبيع الوطاء.



❁ ص: (ومن آجر داره من رجلٍ جاز رهنها منه ومن غيره).

❁ ت: لأن الرقبة ملكه، فله التصرف فيها بما لا يناقض الإجارة، فإذا رهنها منه فقد حازها الراهنُ أيضًا.

قال ابن القاسم: كالذي يُخْدِمُ العبد ثم يتصدَّق به على آخر، فحوزُ الأوَّل حوزُ الثاني.

وقال أيضاً: لا يكون مَحْوزاً للرهن؛ لأنه محوزٌ بالإجارة^(١).

وفَرَّقَ بينه وبين الراهنِ لِفَضْلِ الرَّهْنِ: أَنَّ حَوزَ الرهينة شَمَلَهَا، وفي الإجارة الرقبةُ باسمِ صاحبِها، فهما وجهان مختلفان، فحقُّ المستأجر في المنافع خاصَّةً، وحوزُ الرقبة ليس مقصوداً لنفسه، [وكذلك]^(٢) لو قام الغرماء لم يشاركهم في الرقبة، وفي الرهن الأول حازَ لنفسه الرقبة لحقَّه فيها.

وكذلك قال مالكٌ في «الموازية» إذا رهن الدارَ من غير المستأجر: لا يصحُّ؛ لأنها مَحْوزَةٌ بوجهٍ آخر، بخلاف فضلة الرهن^(٣).

وقال ابن نافع: ذلك حَوْزٌ^(٤)، كالمُخْدِمِ مع الموهوب.

قال اللخمي: إن لم يرض المستأجر بحوز الرقاب للمرتهن، ولم تكن يدُ المرتهن معه؛ فليس بحَوْزٍ، وإلا فهو حَوْزٌ^(٥).



❁ ص: (يجوز رهن المُشاع).

ومنعهُ أبو حنيفة.

(١) «النوادر» (١٠/١٦٥).

(٢) كذا في (ز ت)، وفي (ق): (ولذلك).

(٣) «النوادر» (١٠/١٦٨)، و«التبصرة» (١٠/٥٧٢٥).



لنا: أَنْ بَيْعَهُ جَائِزٌ، فَلَوْ لَمْ يَصِحَّ [قَبْضُهُ] ^(١) لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ.

ولقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فَعَمَّ، كَانَ الشَّيْءُ فِي رَبْعٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ عَرَضٍ.

وكما لو رهن داراً من رجلين في عقدٍ واحدٍ، وَسَلَّمَهَا لهما.
(ولا يَصِحُّ رهنُ بعض داره حتَّى يُسَلَّمَ الدَّارَ كُلَّهَا للمرتهن).
ليتحقَّق الحوز.

(وَمَنْ لَهُ سَهْمٌ فِي دَارٍ جَازَ لَهُ رَهْنُهُ إِذَا رَفَعَ يَدَهُ [وَحَلَّتْ] ^(٢) يَدُ المَرْتَهَنِ فِيهِ).
ت: ولو رهن بعض حصته في الدار فلا بدَّ من تسليم الحصة كُلِّهَا؛ لِأَنَّ بقاء يده يمنع الحوز، وغايته أَنْ [يكونا كالشريكين] ^(٣)، وَيَدُ الشريك جائلةٌ في جميع الملك، فلم يتحقَّق الحوز؛ لتصرُّفه في الرهن بعد رهنه.

وقيل: تكون يَدُ المَرْتَهَنِ مع الراهن جائلةً؛ فيكرهان معاً، ويصحُّ الحوز؛
لأنَّه كان يتصرَّف في جميع الدار، صار إنما يتصرَّف في بعضها، ولم يكن
المَرْتَهَنُ يتصرَّف في شيءٍ منها، صار يتصرَّف في بعضها، وأَيُّ حوزٍ أعظمُ من
التصرُّف؟!



(وينبغي للمرتهن أن يستخلف مع العامل في الحائط غيره).
تحقيقاً للحوز.

(ومن رهن رهناً على أقل من قيمته فليس له رهن فضله من آخر إلا بإذن مرتتهنه).

فإن أذن له في رهنه، فهل يصح أم لا؟
روايتان).

✽ ت: عن مالك: أن رهنه بعد مساقاته ليس بحوز^(١)؛ لأنه محوز للعامل، وهو وكيل الراهن.

وقال أيضاً: إن جعل مع العامل رجلاً صح؛ لأنه حائز له^(٢).

وقال ابن نافع: ذلك حوز^(٣)؛ لارتفاع تصرف الراهن في الرقبة.

ومتى رهن فضلة الرهن إذا رهنه على أقل من قيمته عند الأول؛ جاز إذا كان تحت يده، أو عدل ورضي بحوز الفضلة للمرتهن، ويكون رهناً بالدينين.

واختلف إذا لم يرض وقد علم برهن الفضلة أو لم يعلم.

وقال أبو حنيفة: لا يكون رهناً إلا بالدين الأول^(٤).

لنا: القياس على الضمين، بجامع التوثقة^(٥).

(١) «التبصرة» (٥٧٢٥/١٠).

(٢) انظر: «الجامع» (٥٦٩/١٢)، و«النوادر» (١٦٨/١٠).

(٣) انظر: «التبصرة» (٥٧٢٥/١٠).

(٤) نقل

فإن رهنَ الفضلة من غير الأول:

قال مالك: إن رضيَ الأول جاز؛ لأنه إذا رضي حازَ للثاني، وإلا فلا^(١)؛ لعدم الحوز، ويدخل الغرماء في الفضلة.

وقال أيضاً: لا يجوز^(٢)؛ لأنَّ الأول إنما حاز لنفسه، فمتى لم يحزَ الثاني لنفسه بطلَ إذا مات الراهنُ أو فُلِّسَ قبل الحوز.

فإن كان على يدِ عدلٍ ورهن من غير الأول:

قال مالك: يجوز إذا رضيَ الأول^(٣).

وقال أصبغ: يجوز وإن لم يرض إذا رضيَ العدل^(٤).

فإن ضاع الرهن:

قال ابن القاسم: إذا كان تحت يد الأول سقطَ ضمانُ الفضلة عنه التي رهنها بعده^(٥)، ويرجع الثاني بدَّينَه على صاحبه، كان تحت يد الأول أو عدلٍ^(٦).

قال ابن يونس: إنما يصحُّ عدم الضمان إذا أحضر الثوبَ وقتَ ارتهان الثاني، أو علِمَ بالبينة وجوده، وإلا ضمِنَ الجميع؛ لأنه قد يكون تَلَفٌ قبل ذلك، ووجب عليه ضمانه، وقاله بعض أصحابنا^(٧).

(١) انظر: «النوادر» (١٠/١٧٨)، و«التبصرة» (١٠/٥٧١٧)، و«الجامع» (١٢/٥٧٨).

(٢) بنصه عن مالك في «التبصرة» (١٠/٥٧١٧).

(٣) «النوادر» (١٠/١٧٩)، و«التبصرة» (

وقال أشهب: يضمن الرهن كله إذا كان يُعاب عليه^(١)؛ لأنه رهن له أولاً ، وإنما لهذا فضله إن كان قائماً .



❖ ص: (من ارتهن فضل رهن بإذن مرتهنه ، ثم حلَّ الحقَّان جميعاً ؛ بيع الرهن ، وبُديء بالأول ، والباقي لمرتهن الفضلة) .

لأنَّ حقَّ الأول وجب في الرهن قبل الثاني ، والثاني على ذلك دخل: إن فضَّل شيءٌ أخذه ، وإلا فلا شيء له .

ولو رهنَ رهنًا ، ثم رهنَ نصفه من آخر بإذن الأول ؛ فلكلِّ واحدٍ نصفُ ثمنه . لدخول الأول على التشطير ، كان دينه أكثر أو أقلَّ ، بخلاف المسألة الأولى إنما دخلاً على الفضلة التي قد لا تكون .

(ومن شرط الرهن اتصال حيازته وقبضه .

فإن رده إلى ربه بعارية أو غيرها بطلَ رهنه ، وإن استأجر داراً ثم ارتهنها ثم أجراها من ربه بطلَ رهنه) .

❖ ت: صفة الحوز أن يرفع الراهن يده ، ويجعل يدَ المرتهن أو يدَ عدلٍ عليه ؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ، فجعلَ من صفاتها القبض ، وهو ارتفاع يد الراهن ووضع يد المرتهن ، بأيِّ أنواع التصرف كان .

ولا بدَّ من الشهادة على معاينة القبض ، ولا يكفي

ولأنه إقرارٌ على الغرماء إذا قاموا ، ولا يُعتبر الإقرارُ إلا على المقرِّ لا على غيره .

واستدامةُ الرهن تُشترطُ خلافاً للشافعي ؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ، فلازِمٌ بين الوصفين ، فلا يفترقان ، فمتى ردَّه بإجارةٍ أو عاريةٍ أو أشباه ذلك ، وقام الغرماءُ قبل قبض المرتهن له ؛ كان أسوةً الغرماء .

قال مالك: إذا حبَّسَ الحبسَ سنين ، ثم سكنه بكِراءٍ أو غيره ؛ فلا يبطلُ حبسه ، وكذلك الصدقة ، ولو كان رهناً لبطل^(١) .

والفرق: أنَّ الرهن بعد الحوز على ملك الراهن ، والصدقةُ والحبسُ انتقل للملك فيهما ، فإذا حيزاً لا تهمةً بعد ذلك في العود ، كما لو رجعت بشراء ، وليس في الرهن إلا الحوز ، وقد بطل .

وقال ابن القاسم: إذا قام المرتهن برده قضي له به ، إلا أن يفوت بحبسٍ ، أو عتقٍ ، أو تدبيرٍ ، أو بيعٍ ، أو إجارةٍ ، أو قيام الغرماء^(٢) .

يريد: إذا قام بعد انقضاء الإجارة ، أما قبل وقال: جهلت أنه ينقضُ الرهن ، وأشباه ما قال ؛ حُلفَ ورده ، ما لم تقم الغرماء .

قال مالكُ وابن القاسم: إذا أعاره إياه ليس له الردُّ ، إلا أن يعيره على ذلك . فإن أعاره على ذلك فلم يرده حتى قامت الغرماء على الراهن ، أو مات ؛ فهو أسوةً الغرماء⁽

وقال أشهب: العارية والإجارة سواء، يُردَّان ما لم تُقَمَّ الغرماء أو يُحدِّث بيعاً أو تدبيراً أو تحبيساً^(١).

قال ابن القاسم: إن أكرى الدار من رجل بإذن الراهن، ثم أكرها المكَتري من الراهن؛ فإن كان من ناحية الراهن لَزِمَ الكراء وفسد الرهن، أو أجنبياً صحَّ ولا يفسد الرهن^(٢)؛ لأنه مغلوبٌ على الرد، كالعبد إذا أُبْقِيَ بعد أن حيز فأخذه الراهن.



❁ ص: (وإن رهنه بدون ما يسوى، فتلف في يده؛ ضمن القيمة كلها، وردَّ على الراهن الفضل، [وإن كانت القيمة]^(٣) أقل؛ رجع عليه بتمام حقّه).

❁ ت: يضمن ما يُغاب عليه، فإن قامت البينة أسقط ابن القاسم الضمان؛ لأنَّ سبب الضمان التهمة، وقد انتفت بالبينة، كما أنَّ العرف لمَّا شهد في العقار والحيوان لم يُضمَّنَا.

وضمَّنَه أشهبُ مع البيّنة؛ لقوله ﷺ لصفوان بن أمية لمَّا استعار منه السلاح، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: «بل عارية مؤدّاة»^(٤)، أي: لا بُدَّ من أدائها.

ولا يكون الرهنُ بما فيه، بل يُضمَّن ويتقاصَّن.

وقوله ﷺ: «الرهنُ

ولا صفته ، فلا طلبية لأحدهما على الآخر .

قال أصبغ: إن جهل المرتهن صفته ، ووصفه الراهن ؛ حُلْف ، فإن نكَلَ بطلَّ حَقُّه ، وكان الرهن بما فيه^(١) .

أما إذا جهل مطلقاً ، فاحتمل أن يكون أعظم من الدين أو أقل أو مثله ، والمثل الوسط ؛ فيحمل عليه ، كما إذا قال: عندي من خمسين إلى ستين ، يُحكم بخمسة وخمسين ، ويُقسم المشكوك بينهما ، ولأن الأصل براءة الذمة ، فلا تُعمر بالشك .

وإذا ضمناً المرتهن القيمة ؛ فيوم ضاع لا يوم ارتهنه عند ابن القاسم ؛ لأنَّ التلف سبب الضمان ، فلا يُعتبر ما قبله .

وقيل: يوم ارتهنه ؛ لأنَّ سبب الضمان التهمة ، وهي من يوم القبض .

ولأنه قبضَ لمنفعة نفسه ، [كالقراض]^(٢) .



❁ ص: (إذا أخرج لك رهنك ، فقلت: ليس هذا رهني ؛ صدق مع يمينه) .

لأنك تدعي عليه الضمان .

فإن ادعى ردّه لم يُقبل قوله .

❁ ت: يُ

الرهن ، ولا يصدّق في التلف ؛ لأنه ضامنٌ له ، ولا في الردِّ إلا بيّنة ؛ لأنه ضامنٌ ليس بأمين .



❖ ص : (إن أقرّ بسلعةٍ في يده لرجلٍ وادّعى أنها رهنٌ ؛ لم يُصدّق إلا بيّنة) .
❖ ت : لأنَّ الأصل عدمُ تعلُّقِ توثيقٍ بها .

فإن تصادقا على الرهن ، واختلفا في القضاء ، والرهنُ بيد المرتهن ؛ صدّق ، أو بيد الراهن وطال ؛ صدّق ، فإن قرّب القبضُ فأيهما يصدّق ؟ قولان .

قال اللخمي : وتصديقُ الراهن أصوب ؛ لأنه شأنُ تسلّمه له ، إلا أن تكون عادتهم التسليم قبل القبض^(١) .



❖ ص : (إن تلفَ واختلفا في تلفه وصفته وقيّمته ؛ صدّق المرتهن مع يمينه ، فإذا حلف على تلفه وصفته قومه أهل البصيرة به ، فإن جهل صفته حلف على قيمته) .

لأنه الغارم .

فإن جهل قيمته حلف الراهن على صفته إن عرفها ، أو قيمته إن جهل صفته .



هو كالمغاصب يضمن وإن ثبت عدم إتلافه للمغصوب .

لقوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»^(١)؛ لأنه ليس متعدياً بالقبض .

والرهن والعارية عند مالكٍ سواء .

واختلَف هل عليه يمين؟

قال بعض القرويين: يُحْلَف، كان متَّهماً أم لا .

وقال ابن يونس: أَحَبُّ إلينا تحليف المتَّهم: لقد ضاع، وما فرَّطْتُ فيه .

زاد ابن مزين: ولا أعلم له موضعاً منذ ضاع .

وقال العتيبي: لا يمين عليه؛ لأنه يضمن، فكيف يُحْلَف ويضمن؟! إلا أن يقول الراهن^(٢): أخبرني ثقةٌ بكذبه، وأنَّ الرهن عنده .

والذي هو غير متَّهم يُحْلَف: ما فرَّطْتُ ولا ضيَّعتُ، ولا يُحْلَف على الضياع، وهو مصدَّق، ونقل

وَحُكِمَ لَهُ بِقَدْرِ قِيَمَةِ رَهْنِهِ ، وَحُلِّفَ الرَّاهِنُ عَلَى الْفَضْلِ وَبَرَى .

فَإِنْ نَكَلَ غَرَمَ الْفَضْلَ بِنَكْوَلِهِ وَيَمِينِ خَصْمِهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الرَّهْنُ قَائِمًا بِحَالِهِ وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا رَهْنَ بِهِ .

ت: لَمَّا كَانَتْ الْعَادَةُ أَنَّ الرَّهْنَ يَقَارِبُ الدَّيْنَ ، وَهُوَ وَثِيقَةٌ بِالْدَّيْنِ ، فَصَارَ شَاهِدًا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ وَثِيقَةٌ أَيْضًا ، فَصُدِّقَ مَدْعَى مَقْدَارِ [قِيَمَتِهِ] ^(١) ، كَالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ .

ويحلف الراهن على نفي الزائد إن شاء ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْبَرَاءَةُ مِنْهُ .

وَقَالَ بَعْضُ الْقُرُوبِيِّينَ : يَحْلِفُ الْمُرْتَهَنُ عَلَى قِيَمَةِ الرَّهْنِ بِكَمَالِهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَشْرِينَ ، وَشَهِدَ شَاهِدٌ بِخَمْسَةِ عَشَرَ ، فَإِنَّمَا يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ .

قَالَ عِيَاضُ : وَقَوْلُ مَالِكٍ أَصَحُّ ؛ لِ

أَوْ عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ كَشَاهِدٍ أَدَّى شَهَادَتَهُ حِينَئِذٍ ، أَمَا إِنْ ضَاعَ صُدُقٌ فِي قِيَمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَشَاهِدٍ شَهِدَ ثُمَّ ذَهَبَ ، فَإِنَّمَا يُنْظَرُ لَشَهَادَتِهِ حِينَ شَهِدَ ، وَلَمَّا كَانَتْ عَادَةُ النَّاسِ لَا يَرْهَنُونَ إِلَّا الْمَقَارِبَ فَقَدْ صَدَّقَهُ الْعَرَفُ ، فَقَوِيَ سَبِيهُ ، فَحَلَفَ .



❁ ص : (لَا يَبِيعُ الْمُرْتَهَنُ الرِّهْنَ إِلَّا بِإِذْنِ رَاهِنِهِ ، فَإِنْ بَاعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ) .

❁ ت : لِأَنَّهُ لَمْ يَوْكَلْ فِي بَيْعِهِ ، فَهُوَ مُتَعَدٌّ ، فَلِرَبِّهِ رَدُّهُ وَيُدْفَعُ مَا عَلَيْهِ لِمُشْتَرِيهِ إِنْ حَلَّ الْأَجَلُ ، وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ خَيْرٌ فِي إِجَازَةِ الْبَيْعِ وَقَبْضِ الثَّمَنِ ، وَلَا يَرُدُّهُ لِلْمُرْتَهَنِ ، وَيَجْعَلُهُ بِيَدِ عَدْلٍ إِلَى الْأَجَلِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ [الرَّهْنِ] ^(١) بِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِرَهْنٍ مِثْلِهِ ، وَلَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ ، وَي

✽ ت: له بيعه بالتوكيل ، خلافاً للشافعي .

لنا: القياس على توكيل الأجنبي ، وكُره فيما يبقى لأنه قد يستعجل في البيع - لحقه - فيرفعه للسلطان ، وما لا يبقى يُخشى هلاكه ، فيُعذر فيه ، ولا يوصل للسلطان في كل وقت .

قال الأبهري: ما ليس بظوناً كالثمار ، ولم يخف فسادَه ؛ لا ينبغي بيعه بغير أمر السلطان ؛ لأنه يُتهم في التقصير والمحابة ، ومتى باع بغير أمر الحاكم نفذ ؛ لأنَّ الراهن سلَّطه عليه بالتوكيل ، وتنتفي الكراهة في البيع في موضع ليس فيه حاكمٌ إذا أصاب وجه البيع .

واستحبَّ مالكٌ توكيلَ غير المرتهن .

وقال أشهب: لا بأس ببيع الرِّبع وغيره ؛ لأنه وكله ، كالأجنبي ^(١) .



✽ ص: (إذا وكل وكيلًا على بيع رهنٍ ، ودفع الحقَّ لربه ؛ فليس له إخراجه من الوكالة إلا برضا المرتهن) .

✽ ت: لأنها وكالةٌ تعلقُ بها حقُّ المرتهن .

قضاء بين الحقين على قدرهما).

ت: لا ستواء دعاويهما ، كما لو تداعيا شيئاً في أيديهما فإنه يُقسم بينهما بعد أيمانهما .

قال ابن يونس: هذا إن ادَّعيا البيانَ عند القضاء .

وقال أشهب: القولُ قولُ المقتضي ؛ لأنه مؤتمنٌ مدَّعى عليه ، فإن نكل أحدهما ؛ قُدِّم الحالف .

قال اللخمي: هذا إذا حلتَّ المئتان ، وإلا صُدِّقَ مَنْ ادَّعى أنه من الحالِّ ، وإن لم يَحِلَّ وأجلُّهما سواءً أو متقاربٌ حلفا وقسماء .

والقياس: أن يكون القولُ قولَ الدافع ؛ لأنه متطوعٌ بالتعجيل ، ويقول: تبرَّعتُ لأخذَ الرهن ، وإن تباين الأجلان صُدِّقَ مدعي الأقرب مع يمينه^(١) ، كالحالِّ مع المؤجِّل .

وكذلك قال ابن المَوَّاز: يُصَدِّقَ مدَّعي الدفع عن الحالِّ دون المؤجِّل - كان القابضَ أو الدافعَ - مع يمينه .

قال مالك: إن قال أح

❁ ص: (إذا قضى بعض الحق فليس له أخذه ولا شيئاً منه إلا بعد قضاء الحق كله).

❁ ت: لأنَّ العادة أنَّ الرهن بالدين وأجزائه، وقياساً على الموت، فإنَّ التركة محبوسة بجميع الدين حتى يوفى كله، فإن كان بدينين قضى أحدهما.

حكى ابن شعبان: يُخرج من الرهن بقدره^(١).

ومنع ابن المَوَاز.

قال اللخمي: الأول أحسن، إلا أن تكون عادتهم خلافه^(٢).



❁ ص: (إن رهن من آخر فضلة الرهن بإذن الأول، فحلَّ الثاني قبل الأول وهو مما يُقسَم قِسَمَ بينهما، فيُباع للثاني نصيبه، وأمسك الأول نصيبه حتى يحلَّ أجله، أو مما لا ينقسم بيع كله وقضى المرتهنان حقهما).

❁ ت: وبُدئ الأول حتى يستوفي لأنَّ الثاني على ذلك دخل إذا كان لا ينقسم، وما ينقسم يُقسَم إن كان فيه فضلٌ عن

وهل يُعَجَّلُ للثاني أو يُطَبَّع عليه ويبقى رهناً حتى يحلَّ دينه؟ خلاف، وإن
حلاً جميعاً بُدِئَ بالأول، وللثاني الفضل.



❖ ص: (إن باعه الراهنُ بغير إذن المرتهن لم يُجْزَ بيعُهُ، أو بإذنه جاز،
وقضى حقُّه بعد أن يحلف أنه ما أُذِنَ له في بيعه إلا لِيَسْتَوْفِيَ حقَّه).

❖ ت: امتنع البيع لإبطاله التوثقة، هذا إذا باعه وهو في يد المرتهن، فإن
سَلَّمَهُ خرج من الرهن.

وقال بعض الفقهاء: لو لم يسلمه لحلف أيضاً، وأوقف الثمنُ إذا قال: إنما
أُذِنْتُ له لِيُحْيِيَ الرهنَ.



❖ ص: (إذا رهن نصيبه من الدار لم يكن له أن يستأجر نصيبَ شريكه لأنه
يؤدي لبطلان رهنه ببطلان الحوز، إلا أن يقاسمه حتى

كتاب العارية

(العارية على ضربين: مضمونة وغير مضمونة، فالمضمونة: الأموال الباطنة، كالثياب والحلي والسلاح وسائر العروض، وما لا يُضمّن: كالحيوان والرّباع).

✽ ت: العارية تملك من غير عوض، وهي مندوبٌ إليها؛ لأنها معروفٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧].

وقال عليه السلام: «كُلُّ معروفٍ صدقة»^(١).

واستعار رسولُ الله ﷺ من صفوان أدراعاً^(٢)، فبعث إليه مئة درع وأداتها.

وقال الشافعي: العارية مضمونة.

وقال أبو حنيفة: غير مضمونة.

وفرق مالكٌ كما تقدّم؛ لما ورد: «ليس على المستعير ضمان»^(٣).

معناه: ضمان الرد ؛ لقول صفوان لرسول الله ﷺ: أغصبُ أم عاريةُ يا محمد؟ فقال له ﷺ: «بل عاريةٌ مضمونة»^(١)، أي: مردودة ؛ لأنَّ صفوان ظنَّ عدمَ الرد .
ويضمن ما يُغاب عليه ؛ لقوله ﷺ: «بل عاريةٌ [مؤداة]»^(٢)، أي: لا بُدَّ من ردها .

ولأنه قبضَ لمنفعةٍ نفسه كالمقترض ، وإنما يُصدَّق على التلف من قبضَ لمنفعةٍ غيره كالمودع .

وضمَّنه أشهبُ على الإطلاق ، قامت البيِّنة أم لا ، يُغاب عليه أم لا .
ويُروى: «ليس على المستعير ضمان»^(٤)، جُمعَ بينه وبين قوله ﷺ: «عارية مضمونة» «مؤداة» ، وقوله: ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»^(٥) .
فما قاله مالكٌ من التفصيل للثَّمة فيما يُغاب عليه .



✽ ت: سقوط الضمان لابن القاسم^(١)؛ لأنَّ الضمان [عنده للتهمة]^(٢)، وهي تزول بالبيّنة، لا أنه كالغاصب متعديّ بالقبض حتى يضمن مطلقاً، وضمنه أشهب مع البيّنة^(٣).

والفرق على القولين بينه يضمن عند عدم البيّنة وبين العامل في القراض والمستأجر يصدّقان في التلف مع أيّمانهما وإن كان الجميع قبض لمصلحة نفسه: أن أكثر المنفعة في الإجارة للمؤجر، وفي القراض لربّ المال، بخلاف المستعير والمرتهن، فلما كان الأقلّ للمستأجر والعامل صاراً كأنهما لا منفعة لهما، كالمودع، ولذلك ضمن الغاصب والمقترض مطلقاً؛ لأنّ المنفعة كلّها في القبض لهما.

ولا حظّ أشهب حديث صفوان، وقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّه»^(٤)، فجعل اليد ضماناً لا يد أمانة؛ سداً للذريعة.





فإن لم يعيّن مدّة ولا عِلْم له مدّة تنقضي فيها ، بل قال: أعيرك هذه الأرض ، أو هذه الدابة ؛ فقليل : له الخيار في تسليم ذلك وإمساكه ، وإن سلّمه كان له رده وإن قُرب ، كما لو قال: أجرتك مشاهرة ولم يعيّن مدّة .

وقيل: يلزمه أن يستوفي المعار ما يرى أنه أعير إليه ؛ لأنه ملكه المنفعة ، وذلك دليل على رضاه أنه ينتفع بها انتفاع مثلها ، والعرف شاهد على مقدارها .



❖ ص: (إن أعاره الأرض مدّة للبناء ، فانقضت المدّة ؛ فله أمره بنقض بنائه ، أو يعطيه قيمته منقوضاً ويأخذه .

ليس متعدّياً ، بل يعطيه القيمة .

وعن أشهب: له إخراجُه إن احتاج لِعَرَصَتِه أو يبيعها ، وأَمَّا لِشَرِّ بينهما فلا^(١) .
وقال أصبغ: إذا لم يَسْكُن فليس له إخراجُه وإن أعطاه القيمة إلا برضاه^(٢) .
وقال ابن القصار: تلزمه العارية بالقول والقبول ، وللمستعير الانتفاع بالبناء مدّة مثله^(٣) ؛ لدخول المعير على تمكينه من الانتفاع ، وهو له عرفٌ فيرجع إليه .
وعن ابن القاسم: إذا لم يَضْرِب أَجْلاً فله أن يبلغ الأمد الذي يُعار لمثله^(٤) ؛ لأنّ العرف كالشرط .



❖ ص: (للمستعير أن يُكْرِى وَيُعِيرَ المدّة التي استعار لها من مثله) .

(ولا قيمة لك).

لأنك بقيت الدابة على ملكك حيث [اخترت] ^(١) الكراء.

✽ ت: قال مالك: له كراء المسافة الزائدة التي تعدى فيها، إلا أن تتغير، وهذا إذا جاوزها نحو بريد ^(٢).

أما إذا كثرت الأيام فلك تضمينه القيمة بلا كراء، أو الكراء ولا قيمة؛ لأنه حبسها عن أسواقها، وغصبه منافعتها، ومن منافعتها بيعها وقد فوّته عليه، فيضمن القيمة.

ولم يفرّق ابن الجلاب بين قليل الزيادة وكثيرها.

وفي «المدونة»: إن جاوز ما هو من منازل الناس لم يضمن، وإلا ضمن ^(٣)؛ لأنّ العادة أذنت في ذلك، ولا بُدّ للناس من ذلك.

وقيل: يضمن ولو خطوة ^{(٤}



قال ابن يونس: إنما يصحُّ هذا إذا كانت الزيادة يسيرةً، لا تُعينُ على هلاكها، فيكون هلاكها بعد ردّها للموضع المأذون فيه بأمرٍ من الله تعالى، فيكون كهلاك ما تسلّف من الوديعة بعد ردّه، أما المعينة على هلاكها - كالיום - وإن كان لا يضمن إذا ردّها بحالها ضمن هاهنا^(١).

قلت: تضمينه القيمة إذا ردّها بعد التعدي يُشكّل بالغاصب إذا ردّ المغصوب بعينه بعد التعدي وقد فوّت أسواقه كما قال مالك، والاتفاق على أنه لا يضمن قيمةً، وغاية هذا أن يكون غاصباً، والفرق مشكّل.



❁

كتاب الودعة

(لا يضمن المودع إلا أن يتعدى).

✽ ت: أصل ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

وقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثَمَنَ أَمَنَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وقوله ﷺ: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»^(١).

ولا يضمن، كان متهمًا أم لا؛ لأنه رضي بأمانته، وقبض لمنفعة غيره، بخلاف المرتهن والمستعير، ولا يودع غير مأمون؛ لأنه إضاعة [للمال]^(٢).



✽ ت: إذا صدّق في التلف؛ قال مالك: يحلف، كان متّهماً أم لا؛ لأنّ الناس قد استخفّوا بالأمانة، إلا أن يكون مشهوراً بالخير^(١).

وقيل: [لا يمين]^(٢) عليه مطلقاً؛ لأنه أمين.

وإنما فُرق بين الرد والتلف إذا قبضَ بيّنة؛ لأنّ الردّ يمكن الإشهاد عليه دون التلف، وكذلك يحلف إذا ادّعى الردّ؛ لأنّ المالك يدّعي تيقن كذبه، فيحلف كان متّهماً أم لا، وفي الضياع لا علم عنده فلا يحلف إلا المتّهم.

فإن نكل؛ ضمن، ولا تُردّ اليمين هاهنا.

فإن قبضها بمحضر قومٍ ولم يقصد إشهادهم عليه؛ فهو كقبضه بغير بيّنة.

ولأنه كذلك يفعل في ماله .

قال ابن القاسم: ولا يُصدَّق أنه أراد سفرًا أو خاف عورة منزله إلا أن يُعلم ذلك^(١) .

قال مالك: إن سافر فحملها معه ضمن^(٢) ؛ لتعديه في تغيرها بالسفر .

فإن أودعها ثم عاد من سفره ، وكان سفره ليعود ؛ فعليه أخذها ؛ لأنه التزم حفظها ، أو على وجه الانتقال ؛ كان له أخذها ، ولا يلزمه ذلك .

وقوله: حملَ معه متاعاً إلى بلدٍ ، إنما لم يضمن لأنه أذن له في السفر به فلم يتعدَّ بالدفع لغيره ، بخلاف الحاضر .

ولأنه دفعها لثقة يسافر بها للبلد ، لأنَّ إقامته عذرٌ يبيح ذلك .

ورأى ابنُ القاسم أنَّ الباقي لا تعدِّي فيه ، والسلفُ ليس تعدِّيًّا ؛ لأنه نقلها للذمة ، فهو أحفظُ لها إذا كان موبراً مأموناً^(١) .

وعن عائشة وابنِ عمر رضي الله عنهما : أنهما تسلفا أموالَ الأيتام الذين في حجورهما . وهو عند مالكٍ مصدقٌ في ردِّ ما تسلف^(٢) .

وعن مالك : لا يبرأ من المنفق برده^(٣) ؛ لتعلقه بذمته ، كالقرض لا يبرأ إلا بدفعه لربه ، ورأى في الأول أنه أنفقها متأولاً ردّها للإيداع .

وقال ابن المَوَّاز : إن تسلفها بيّنة لا يبرأ بردها إلا بيّنة^(٤) ؛ لأنه متعدّد بال

قال اللخمي: وليس بالبيِّنِ براءته من غير النقود؛ لأنها لا تختلف الأغراض فيها، بخلاف ذوات الأمثال، وليس له أن يحكُمَ لنفسه أنَّ الثاني مثلُ الأوَّل إلا بيِّنَةً على صفةِ الأوَّل وعلى الرد، فقد يستخفُّ هذا^(١).



❁ ص: (له رفعُ الوديعة عند زوجته، وخادمه، ومن يرفع ماله عنده).

❁ ت: لدخول المودع على ذلك، فإن أنكرت الزوجة أن يكون دفع لها شيئاً حلف إن كان متهماً، وإلا صدق، بخلاف دعواه عورة المنزل والسفر.

والفرق: أن الاستعانة بها ولا غالب بخلاف ذينك.

إذا كثر اختلافه، ولا يتحصّل مثاله، كالكتّان.

وفي النقيدين ثلاثة أقوالٍ عن مالك^(١):

المنع؛ لقوله ﷺ: «لا يحلُّ مالُ امرئٍ مسلمٍ إلا عن طيبِ نفسٍ منه»^(٢)، وهو لم يأذن له في التصرف، وهذا إذا كان يضرُّ به، وإلا جاز إذا أشهدَ على التسلف؛ لأنَّ التسلفَ أحرزُ لها بالضمان إذا كان موسراً مأموناً.

وقد كانت عائشةُ وابن عمرَ ﷺ يتسلفان أموال أيتامٍ في حجورهما.

وقيل: يجوز.

أو قيمتها فقط ، كالأمة المستحقة .

ولو كانت أحد النّقدين فصرّفها لنفسه ؛ فليس لربها أخذ ما صرّفها به إلا برضا المودّع ، وإن صرفها لربها فلا يحلّ له أخذ ما صُرِفَ به ؛ لأنه صرفٌ فيه خيار ، بل تباع هذه إن كانت دراهم بمثل دنائره ، وما كان من فضلٍ فلربّها ، أو نقصٍ ضمّنهُ المتعدي .



❁ ص: (إن اشترى بها أمةً فوطئها فحملت ؛ كانت أمّ ولدٍ له ، وضمّن الوديعة ، ولا سبيل لربّها على الأمة) .

❁ ت: إن كان عديماً ؛ أتبع بالوديعة⁽

والفرق: أن العقد الواقع بأحد النقيدين إنما يصادف الذم لا ما نقد، فالأمة المشترية بالعين ليس ثمنها الوديعة بل ما في الذمة، والوديعة وقعت عوضاً عن ذلك، فاستقرّ الملك على الأمة قبل التعدي على الوديعة، والعقد بالعرض لا يصادف الذم بل المبذول، ولهذا ينتقض البيع باستحقاقها، فصادف العقد عين الوديعة، وتأمم البيع متوقّف عليه، واستقرار ملكه على الجارية متوقّف على الإمضاء.



❁ ص: (إذا فقد ربّها ولم يعرف خبره؛ انتظر بها أقصى ما يحيى لمثله، ثم دفعها لورثته إن كان له وارث، وإلا تصدّق بها عنه).

❁ ت: قال الأبهري: لأنه مال

كتاب اللقطة

(مَنْ التَّقَطَّ لَقْطَةً ذَاتَ بَالٍ عَرَفَهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا فَعَرَفَهَا بِعَلَامَتِهَا دَفَعَهَا لَهُ ، وَإِنْ مَضَتْ سَنَةٌ وَلَمْ يَأْتِ لَهَا طَالِبٌ ؛ فَإِنْ شَاءَ أَنْفَقَهَا ، أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا ، أَوْ حَبَسَهَا حَتَّى يَأْتِيَ رَبُّهَا ، فَإِنْ تَلَفَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا) .

✽ ت: سَأَلَ رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ اللَّقْطَةِ فَقَالَ ﷺ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ عَرَفَهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا» ، قَالَ: فَضَالَةٌ الْغَنَمِ

وقال أشهب: يكفي العِفاص والوكاء دون العدد، والعِفاص والعدد دون الوكاء، والوكاء وحده^(١).

وقيل: لا بُدَّ من العِفاص والوكاء، ويحلف، فإن نكل لم يدفع له^(٢).
ويدفع له بوصف السَّكَّة والعدد؛ لأنَّ السَّكَّة أمرٌ باطنٌ لا يعرفه إلا المالك.
فإن أخطأ ثم أصاب لم يدفع له؛ لأنَّ ذلك تخمين.
والعِفاص: الرِّباط، والوكاء ما فيه اللقطة من خرقَةٍ وغيرها.
وقيل: بالعكس، وإن وصَفَ العِفاص والوكاء ونكلَ عن اليمين؛ لم يأخذها
وإن عاد، إلى أن يحلف.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا بُدَّ من البيِّنة.
لنا: أنه أمرٌ في الحديث المتقدم بالدفع من غير



لا يدَّعي لنفسه شيئاً ، فلم تتعلّق بالمال دعوى معارضة للطالب .

ولو لم يدَّع السارق لنفسه ؛ جاز دفع المال بالعلامة .

وقد قاله مالكٌ في قُطَاع الطريق إذا ادَّعى ما في أيديهم قومٌ من دفع علامة ذلك من عِفاصٍ وعددٍ دُفع إليه بغير بيّنة كاللقطة^(١) .

قاله عمر رضي الله عنه.

قال ابن القصار: ويكره أكلها، غنيًّا كان أو فقيرًا^(١).

وقال ابن شعبان: له أكلها إن كان غنيًّا بمثلها^(٢).

وقال ابن وهب: للفقير أكلها إن كانت قليلة^(٣).

قال الأبهري: ويتصدق الغني بقيمتها إن احتاج للانتفاع بها^(٤)؛ لأنَّ الغنيَّ لا ينتفع بمالِ الفقراء، كالزكاة والكفارة.

✽ ت: قال مالك في «العتبية»: لا أُحِبُّ أَخْذَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا قَدْرٌ^(١).

وإن لم يَقَوْ عليها ووجد مَنْ يثق به دفعها له ؛ لأنَّ حفظ الأموال فرضٌ كفاية ؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ، بخلاف الوديعة لا يعطيها لغيره ؛ لأنَّ صاحبها لم يرض بأمانةٍ غيره .

ولأنها غيرُ شاقَّة ؛ لعدم التعريف .

قال بعض المتأخرين: ينبغي تعريفه قدر ما يؤمن فسادُه .



❖ ص: (يُعرَّفُ اللقطةُ في الموضع الذي أصيبت فيه ، ويذكرها لمن يقرب من موضعها) .

❖ ت: وأقرب المواضع إليه ، وعلى أبواب المساجد ، وحيث يظن مالِكها ؛ لأنَّ صاحبها يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه وما قاربَه .

قال مالك: ولا ينبغي أن يريها لأحد ،



✽ ت: إن رَدَّها من ساعته فلا شيء عليه ، [أو بعد طول] ^(١) ضَمِنَ .

وقال أشهب: لا يضمن وإن طال ، وإنما عليه يحلف: لقد رَدَّها ^(٢) ، كما يُصدَّق المودَع في الرد ، أو لِمَا تسَلَّف من الوديعة .

ووجه التفرقة: أنَّ ربها قد يكون رجع

معها جذاؤها وسقاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر، حتى يجدها ربُّها»، وقال في الشاة: «خذها، إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(١).

فإن أخذ ضالَّة الإبل عرَّفها سنَّة، ولا يأكلها ولا يبيعها، فإن لم يأتِ؛ خلَّى سبيلها في الموضع الذي وجدها فيه؛ للأمن عليها.

أما الشاة توجد بالبُعد من العمران وحده، أو مع مَنْ لا حاجة له في شرائها؛ فهي



فإن قَدِمَ بالشاة حيَّةً عَرَفَهَا ، كَاللَّقْطَةِ ، أو في رُفْقَةٍ تَشْتَرِيهَا بَاعَهَا وَوَقَفَ ثَمَنَهَا
لصاحبها ، فإن أكلها ضَمِنَهَا .

كتاب الغصب

(وَمَنْ غَصَبَ عَرِضًا أَوْ حَيَوَانًا فَتَلَفَ عِنْدَهُ؛ ضَمِنَ قِيمَتَهُ يَوْمَ غَصَبِهِ، لَا

ويضمن وإن تَلَفَ بأمرٍ سماوي ؛ لِتَعْدِيهِ .

والمثلُّ أقربُ لِرَدِّ التالف من القيمة ،

